

Limites do direito diante da autonomia moral do indivíduo: os riscos do *máximo ético*



Paulo Gustavo Guedes Fontes

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Mestre em Direito Público pela Universidade de Toulouse, França. Ex-Procurador da República. Desembargador Federal no Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

SUMÁRIO: 1. Relação entre direito e moral na filosofia do direito. 2. Autonomia moral e limites do direito. 2.1. Liberdade de religião e laicidade. 2.2. O princípio do dano de John Stuart Mill (*harm principle*). 2.3. Reserva epistêmica. 2.4. A ideia de “bem” como deliberação individual. 2.5. Liberdade e moral. 3. Supremo Tribunal Federal e autonomia moral. 4. Conclusões. Bibliografia.

Num ambiente intelectual e jurídico em que predomina o neoconstitucionalismo, propondo uma reaproximação do direito e da moral, parece-nos importante enfatizar que o direito, além de incorporar preceitos morais, evoluiu também no sentido de excluir do seu âmbito certos conteúdos e campos da moral. No presente artigo, abordaremos a relação entre direito e moral na filosofia do direito (1), para em seguida delinear conceitos e princípios que limitam o direito diante da esfera moral do indivíduo (2), analisando decisões do Supremo Tribunal Federal que trataram do tema (3) e apresentando conclusões (4).¹

1. Relação entre direito e moral na filosofia do direito.

A relação entre direito e moral ou entre direito e justiça é talvez o tema mais presente na filosofia do direito e aquele que serve de divisor de águas das diversas correntes.

O positivismo jurídico assenta-se na *tese da separação* entre direito e moral. O direito distingue-se da moral por consistir num conjunto de normas impostas pelo Estado, de forma coativa. A validade da norma jurídica prende-se, para os positivistas, a critérios de ordem formal e independe da avaliação que dela se faça sob o prisma moral, da sua justiça ou injustiça.

Isso não significa que os positivistas proponham obediência às normas jurídicas. Não há o “dever de obediência”, que estaria já no âmbito da moral e da política. Os auto-

¹ Utilizaremos com a mesma significação os termos *moral* e *ética*, pois nada os distingue do ponto de vista etimológico, um advindo do grego (*ethos*) e outro do latim (*mores*), mas ambos remetendo rigorosamente à mesma ideia de costumes. (cf. RICOEUR, Paul. *Em torno ao político*. São Paulo: Loyola, 1995, p. 161).

res vinculados a essa corrente postulam que sua filosofia é descritiva e não normativa. Esse aspecto parece ser por vezes olvidado pela doutrina, ao associar o positivismo aos regimes autoritários e mesmo ao nazismo. A associação não procede, ao menos em relação ao nazismo, tendo em vista que os nazistas não professavam o positivismo jurídico, mas uma espécie de moralismo avesso às garantias individuais, segundo o qual o juiz alemão devia considerar o direito e a moral nazista uma só coisa.²

Mais ainda. Além de afirmar que o positivismo permite a crítica moral e política das normas jurídicas, os positivistas chegam a dizer que ele o permite de forma superior ao jusnaturalismo. Este último, ao conferir ao direito um fundamento metafísico, acabaria servindo para legitimar ideologicamente o sistema jurídico vigente.³

Por outro lado, o positivismo não nega a influência da moral sobre o direito, diz apenas que as relações e coincidências entre as duas esferas são contingentes ou genéticas. Segundo Hart, “não é uma verdade necessária que o direito reproduz ou satisfaz certas exigências da moralidade, mesmo se frequentemente isso ocorre de fato.”⁴ Pode haver mesmo o dever jurídico de observar certos preceitos morais (pensemos no princípio constitucional da *moralidade* administrativa), mas a obrigatoriedade jurídica não decorreria do mandamento moral e sim da lei que determinou a sua observância.⁵

No outro lado do espectro jusfilosófico, temos o jusnaturalismo ou as teorias moralistas do direito, assim chamadas por alguns autores⁶ justamente porque defendem a *conexão* conceitual entre direito e moral. Para essas correntes, o direito teria seu fundamento na moral, em especial no conceito de justiça, auferindo dela a sua validade e advindo daí também a obrigatoriedade da sua observância. Alexy assevera que tanto as normas jurídicas individuais quanto os sistemas jurídicos como um todo formulam necessariamente uma *pretensão à correção*⁷; nessa correção, que é propriamente moral, é que se perceberia a convergência e conexão dos dois campos.

Os jusnaturalistas não negam a existência do direito positivo e a obrigatoriedade de sua observância, mas acreditam que ele se fundamenta num direito superior, divino, natural ou racional, segundo as diversas tendências. O problema aparece quando se considera existir conflito, na solução de um litígio, entre o direito positivo e o direito natural. Hoje a maioria dos autores adota a perspectiva da fórmula de Radbruch, segundo a qual a lei positiva somente perde a validade quando ultrapassa certo *limiar* de injustiça, isto é, quando se mostra extremamente injusta, perdendo então a natureza de regra jurídica ou, dizendo de outro modo, de acordo com Alexy, se abdica da pretensão à correção.⁸

Questão interessante sobre o jusnaturalismo diz respeito à discricionariedade do juiz. À primeira vista, pode parecer que a corrente recomenda uma discricionariedade maior, pois a eleição da solução justa pelo

2 Cf. MATOS, Andytiás Soares de Moura Costa. Positivismo jurídico e autoritarismo político: a falácia da *reductio ad Hitlerum*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008, p. 103-127.

3 Kelsen, Hans. *O que é justiça?* A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 145. No mesmo sentido, HART, Herbert Lionel Adolphus. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, p. 593-629.

4 Apud DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p. 99.

5 *Ibidem*, p. 174.

6 *Ibidem*, p. 85 e também SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 20.

7 ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 43.

8 Gustav Radbruch foi um filósofo alemão do direito que, após a Segunda Guerra, aderiu ao jusnaturalismo. Para um autor brasileiro jusnaturalista, numa perspectiva próxima à da fórmula, cf. NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 88.

juiz, para além da letra da lei, comportaria dose maior de subjetividade. Dworkin, que pode ser considerado um autor moralista, na perspectiva acima explicitada, ataca o positivismo justamente porque deixaria ao juiz um poder discricionário muito grande, nos casos de lacuna nas previsões legais.⁹ Para esse autor, o direito deve ser visto como integrando um conjunto maior abrangendo os princípios políticos e morais de uma determinada comunidade, que são concretizados sucessivamente pela legislação e pelas decisões judiciais (*law as integrity*); assim, cada caso teria *uma única solução correta*, se bem interpretado esse conjunto de princípios e regras, o que retiraria do juiz o poder discricionário.

O neoconstitucionalismo, através de um caminho próprio, advoga também certa indistinção entre o direito e a moral. Já se afirmou que essa corrente partiu de um modelo normativo (o constitucionalismo) e transformou-se em uma teoria do direito.¹⁰ É certo que, frente à realidade das constituições modernas e do seu caráter principiológico, o neoconstitucionalismo admite a reintrodução da ética no raciocínio jurídico, ao menos no nível argumentativo, em que se mostrariam incindíveis os argumentos legais e extralegais. Nesse sentido,

(...) os partidários do moralismo jurídico afirmam que o direito moderno incorpora valores morais, positivando princípios de direito natural ou convicções morais, e que também conhece uma flexibilização, abrindo-se diante da moral.¹¹

9 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 50-63.

10 GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Ser o no ser normativo: um dilema para el positivismo jurídico. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008, p. 79-101.

11 DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p. 172.



Também Luís Roberto Barroso:

Como consequência, a partir da segunda metade do século XX, o direito deixou de caber integralmente no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade.¹²

Assim, por um lado, o positivismo jurídico, apesar da tese da separação conceitual entre direito e moral, reconhece que as regras morais podem ser trazidas para o sistema jurídico pelo legislador. Embora possamos conceber que a seguinte assertiva tem caráter descritivo e não normativo, Kelsen afirmou que

(...) todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força de seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica.¹³

12 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 248.

13 *Apud* DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo*

Por outro lado, é sobretudo o neoconstitucionalismo que insiste, e aí numa perspectiva normativa — do que *deve ser* o direito —, na interpenetração entre direito e moral e, no limite, na possibilidade de que o juiz venha a decidir com base em critérios éticos. Esse contexto conta por vezes com o entusiasmo dos partidários da corrente, que atribuem valor positivo a essa possibilidade, a partir da qual o Judiciário poderia exercer uma função corretiva do direito e faria com que ele coincidisse cada vez mais com os princípios éticos. Chegaríamos mais facilmente ao ideal de alguns jusnaturalistas, de que

(...) uma ordem jurídica verdadeiramente acorde com a instância superior do Jus, em que os direitos subjetivos se identificam com a Moral, é uma questão de aperfeiçoamento do Direito Positivo. Esta deve ser a meta permanente dos cultores da ciência.¹⁴

Num sentido semelhante, Joaquim Carlos Salgado, após incursões na obra de Hegel, propõe abandonar a concepção de Georg Jellinek de que o direito seria um “mínimo ético”, pela constatação de que as normas jurídicas seriam realizadoras de um máximo ético na vida social, pois são o ponto de chegada da dialética do reconhecimento e manifestação apurada da Razão Prática.¹⁵

Ocorre que o direito evoluiu em parte incluindo regras que antes pertenciam apenas ao mundo moral, ou dando novas dimensões aos princípios morais e concretizando-os na regulação jurídica das relações sociais, mas também, em parte, excluindo do seu âmbito preceitos morais e religiosos. O que é assim excluído do direito passa a integrar um campo em que as condutas dependem da vontade do homem, livres de interferência estatal, terreno

de escolhas coincidente com as diversas liberdades reconhecidas ao indivíduo sobretudo a partir da Reforma, do Iluminismo e das revoluções liberais.

2. Autonomia moral e limites do direito.

A questão dos limites da lei ou do direito diante da autonomia moral dos indivíduos é bem conhecida da literatura jurídica anglosaxã.¹⁶ Dworkin fala em direito de independência moral.¹⁷

As correntes moralistas criticam o positivismo por considerar *direito* qualquer disposição emanada dos órgãos estatais, formalmente válida, independentemente do seu conteúdo. A preocupação geralmente está ligada ao problema da lei injusta, isto é, cogita-se de um limite à normatividade estatal que consistiria na injustiça da norma positiva. Não se coloca com muita frequência, por outro lado, a existência de limites outros à lei, como os colocados pela existência de um campo próprio da moral a ser preservado pelo direito.

O debate é mais comum na tradição da *common law*, talvez por influência de John Stuart Mill no seu famoso livro sobre a liberdade.¹⁸ Segundo John Stanton-Ife, admite-se facilmente que a lei possui limites práticos (*means-ends limits*), em contraposição à polêmica existência de *principled limits*, que derivariam de princípios e que poderiam ser estabelecidos *a priori*. Os limites práticos, relativos aos fins perseguidos pela lei, adviriam

jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 103.

14 NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 49.

15 BROCHADO, Mariá. O direito como mínimo ético e como *maximum* ético. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 52, jan./jun. 2008, p. 237-260.

16 HART, Herbert Lionel Adolphus. *Direito, liberdade, moralidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987. Cf. também DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Cap. 17. Temos direito à pornografia?, p. 497-554 e STANTON-IFE, John. *The limits of law*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/law-limits/>>. Acesso em: 11 dez. 2012.

17 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Cap. 17. Temos direito à pornografia?, p. 542.

18 MILL, John Stuart. *A liberdade - utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

da impossibilidade circunstancial de alcançá-los; ninguém duvida que a lei pode fracassar nos seus intentos, como, por exemplo, ao buscar diminuir a criminalidade mediante o aumento das penas.

Quanto à existência de limites principiológicos, deve-se rememorar o célebre debate entre Hart e Lord Devlin sobre a “coerção legal da (i)moralidade”. O relatório produzido pelo *Wolfenden Committee* recomendou em 1954, na Inglaterra, a descriminalização da homossexualidade, desde que praticada entre adultos de forma privada e consentida. O texto incluiu a afirmação de que “deve existir um campo de moralidade e imoralidade legalmente irrelevante”, atraindo a crítica de Lord Devlin em *The enforcement of morals*.¹⁹

Devlin foi de encontro à tese de Mill baseada no *harm principle*, de que a lei só deve proibir o que for causar dano ou prejuízo a outrem²⁰. O direito protegeria a moral em si mesma, a moral compartilhada pelos membros de uma sociedade, sem a qual esta não sobreviveria; haveria, para a sociedade, o direito de impor a moral dominante em determinada época e lugar. Deu exemplos que a seu ver mostravam a verdade de sua concepção: 1) as normas proibindo certa conduta, ainda que haja consentimento da vítima; 2) a gradação da punibilidade em matéria penal, baseada na reprovabilidade (moral) da conduta e 3) as normas proibindo certas condutas indecentes em público.

Hart busca refutar um a um os exemplos dados por Devlin, postulando a validade, na maioria dos casos, do *harm principle*. Para Hart, quando a lei proíbe uma lesão corporal, ainda que feita com o consentimento da vítima, não veicula apenas um preceito moral, mas busca evitar um prejuízo à vítima, con-

tra a sua vontade; propõe, aqui, distinguir o paternalismo legal do que seria a mera coerção legal da imoralidade, por ele combatida. O esforço de Hart é o de demonstrar que o direito não protege, ou não deve proteger, a moral em si, na tentativa de referendar as conclusões do *Wolfenden Committee* de que a lei não deve se imiscuir em certos domínios, notadamente em questões de moral sexual envolvendo adultos.

Apesar do caráter progressista, a posição de Hart é difícil de sustentar no plano puramente teórico. A lei muitas vezes veicula preceitos morais e nem sempre busca apenas impedir que se cause dano ou prejuízo aos outros. Isso se constata em muitos dispositivos legais, notadamente naqueles ligados à proteção dos costumes, de ordem sexual, como, e.g., em direito brasileiro, o ato obsceno. Não nos parece convincente a ideia de que haveria aí dano aos outros, materializado na ofensa aos seus sentimentos morais, o que acabaria se confundindo com a proteção da própria moralidade. Pode-se cogitar da proibição do incesto, que é considerada um universal cultural. No Brasil, diferentemente de alguns países, o incesto não constitui ilícito penal, sendo sua proibição veiculada em matéria de impedimentos matrimoniais. Elemento essencial no conceito de cultura, chegando a confundir-se com ele para a antropologia estrutural²¹, também nessa hipótese teríamos dificuldade em vislumbrar mera aplicação do *harm principle*.

Contudo, apesar das dificuldades teóricas em estabelecer-se previamente campos autônomos de incidência da moral e da lei, estes decorrem, mesmo sem precisão absoluta, das liberdades constitucionais e dos contornos que lhes foram conferidos pela evolução do direito e das instituições políticas nos últimos três séculos.

19 *Apud* HART, Herbert Lionel Adolphus. *Direito, liberdade, moralidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987, p. 45.

20 *Harm* significa dano ou prejuízo. Traduziremos a expressão, a seguir, como *princípio do dano*, para evitar a concepção restritiva de prejuízo ligada ao aspecto material e, igualmente, para não confundir com o “princípio do prejuízo” conhecido no processo civil, em matéria de nulidades.

21 As estruturas elementares do parentesco. In: *Wikipédia, a enciclopédia livre*. Flórida: Wikimedia Foundation, 2010. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/As_Estruturas_Elementares_do_Parentesco>. Acesso em: 12/12/2012.



2.1. Liberdade de religião e laicidade.

Num movimento que começa com a Reforma Protestante e passa pelas guerras de religião, chegamos com o Iluminismo e as revoluções liberais à liberdade de religião. Essa liberdade, por sua vez, acarreta a necessidade de o Estado adotar postura neutra diante das opções religiosas, o que constitui a chamada laicidade.²²

Segundo Roger-Pol Droit, existem três tipos de resposta para a pergunta “de onde vem a ética”? A primeira seria que a ética vem de Deus, é por Ele estabelecida; o autor inclui também aqui a fundamentação não religiosa, mas metafísica da ética, como o platonismo. A segunda resposta seria que a ética é algo natural, provém da natureza, do que seria prova o sentimento espontâneo de piedade. Por fim, para a terceira corrente, a ética teria fundamento meramente convencional e os seus preceitos seriam criados pela razão e sensibilidade do homem.²³

Assim, a liberdade de religião, associada à laicidade, impede que a norma jurídica veicule regras baseadas unicamente na ética religiosa. Geralmente se perquire sobre a laicidade unicamente do ponto de vista da postura dos agentes públicos e de outras manifestações estatais como o uso de símbolos religiosos em repartições públicas. Raramente o debate coloca em questão o caráter eventualmente

religioso de determinadas normas legais. De qualquer forma, o par liberdade de religião/laicidade comporta um primeiro campo de limitação do direito em matéria moral.

O Supremo Tribunal Federal, na decisão que afastou a tipificação do crime de aborto no caso de interrupção da gravidez do feto anencéfalo, foi enfático, pelas palavras do relator, Ministro Marco Aurélio, em buscar parte dos fundamentos da decisão na laicidade do Estado. Considerou positiva a participação no processo das entidades religiosas, mas entendeu que,

(...) para se tornarem aceitáveis no debate jurídico, os argumentos provenientes dos grupos religiosos deveriam ser devidamente “traduzidos” em termos de razões públicas, ou seja, expostos de forma que a adesão a eles independesse de qualquer crença. A respeito, sobrelevou que crença não poderia conduzir à incriminação de suposta conduta de mulheres que optassem por não levar a gravidez a termo, visto que ações de cunho meramente imoral não mereceriam glosa do direito penal.²⁴

Além da liberdade propriamente religiosa ou de crença, as revoluções liberais formularam uma ainda mais abrangente, que foi denominada às vezes de liberdade de opinião²⁵ e que, na nossa Carta Magna, está consagrada como sendo a liberdade de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII). Essa liberdade mais ampla, que confere ao indivíduo o direito de formular sua própria concepção do mundo e das relações entre os homens, está ligada ao *harm principle* de Mill e aos tópicos seguintes.

24 STF, ADPF 54/DF, Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 12/04/2012, transcrição conforme o Informativo do STF n. 661/2012.

25 O artigo X da *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* dispõe: “Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi”.

22 Conferir o meu Vêu islâmico, laicidade e liberdade religiosa. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 15 set. 2009.

23 DROIT, Roger-Pol. *Ética: uma primeira conversa*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 43-52.

2.2. O princípio do dano de John Stuart Mill (*harm principle*).

O *harm principle* consiste na formulação de Mill que retira do Estado a possibilidade de interferir nas escolhas pessoais. Mill, na Inglaterra, juntamente com Benjamin Constant e Tocqueville na França, são os primeiros a formalizarem a crítica liberal ao potencial liberticida das democracias. Trata-se não apenas de conferir direitos à maioria na instituição dos governos, mas de limitar os direitos dessa maioria, materializada no poder do Estado, em favor da liberdade individual. Segundo Mill,

(...) o único propósito para se exercer poder sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é evitar dano a outrem.²⁶

Mesmo não explicando, a nosso ver, como acima asseverado, o conjunto das regras jurídicas, e dando margem a controvérsias quanto ao que constitua *dano* a outrem, esse princípio teve enorme importância na demarcação do conceito e dos limites da liberdade individual, mesmo fora da *common law*.²⁷ Com base nele, é possível pensar numa *self regarding area*²⁸ em que não se toleraria a intromissão estatal. O Supremo Tribunal Federal introduziu-o de certa forma na ementa da decisão sobre união homoafetiva, nos seguintes termos:

Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*.²⁹

26 Apud SIMÕES, Mauro Cardoso. *John Stuart Mill e a liberdade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 19.

27 Mais uma vez, encontramos na Déclaration: “(...) IV- La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui (...) V - La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société (...)”.

28 SIMÕES, Mauro Cardoso. *John Stuart Mill e a liberdade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 20.

29 STF, ADPF 132/RJ, Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, j.

2.3. Reserva epistêmica.³⁰

A formulação de Devlin de que o direito deve assegurar coativamente a moral com-partida da sociedade adota um pressuposto nem sempre aceito pelos filósofos, que seria o universalismo ou objetivismo moral, isto é, a concepção de que existe *uma* moral correta e de que é possível ao homem conhecê-la. A esta concepção opõe-se a visão relativista que ou nega a existência dessa moral objetiva ou a possibilidade de os homens conhecerem-na de modo seguro.³¹

Alguns autores, apesar de admitir que o direito veicule preceitos morais, entendem que isso não deveria ocorrer quando se trate de temas controversos, em que não haja uma verdade moral ou em que ela seja difícil de estabelecer. O desacordo sobre temas morais seria algo persistente nas sociedades e adviria da divergência sobre as prioridades e escolhas que devem ser feitas dentro de vasto leque de possibilidades; a própria moralidade aconselharia nesses casos uma restrição ou reserva contra a possibilidade de coagir as pessoas a atuar de forma contrária aos seus pontos de vista.³²

A questão do aborto, por exemplo, é marcada por duas dúvidas, uma que pode se revestir de cunho científico e outra que surge no próprio campo religioso. A primeira diz

05/05/2011, DJe 14/10/2011.

30 *Epistemic restraint in STANTON-IFE*, John. The limits of law. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/law-limits/>>. Acesso em: 11 dez. 2012, p. 18.

31 O relativismo axiológico está na base da doutrina de Kelsen, que dele faz decorrer sua visão positivista do direito. Hart considera, porém, que mesmo a existência de uma moral objetiva não levaria à confusão entre a moral e o direito (Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, p. 593-629). No mesmo sentido de Hart, cf. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 191/192.

32 STANTON-IFE, John. *The limits of law*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/law-limits/>>. Acesso em: 11 dez. 2012, p. 19. O autor dá conta da adesão a essa forma de pensar por Thomas Nagel e John Rawls, este último considerando direito da mulher o aborto no primeiro trimestre de gravidez.

respeito a quando se daria a formação do ser humano, se com a mera concepção (posição *concepcionista*) ou num estágio mais avançado do desenvolvimento do embrião ou do feto (posição *sencientista* ou *neurológica*³³); a segunda refere-se à transmissão da alma ao feto pelos pais (*traducionismo*) ou a sua introdução no corpo por Deus (*criacionismo*), esta última teoria comportando divergências dentro da teologia cristã sobre o momento em que a introdução se consumaria. Umberto Eco, em troca de cartas com o Cardeal Martini, oferece-nos exemplo da reserva epistêmica, após esclarecer que, talvez em razão de sua formação religiosa, não concordaria com o aborto de embrião gerado por ele:

Não sou biólogo (assim como não sou teólogo) e não me sinto em condições de fazer qualquer afirmação sensata sobre este limiar, se é que, de fato, existe um. Não há uma teoria matemática das catástrofes capaz de nos dizer se existe um ponto de guinada, de explosão súbita: talvez estejamos condenados a saber apenas que existe um processo, que seu resultado final é o milagre do recém-nascido e que o momento em que se teria o direito de intervir nesse processo e em que não seria mais lícito fazê-lo não pode ser esclarecido, nem discutido. Logo, tanto não tomar jamais tal decisão, quanto tomá-la é um risco pelo qual a mãe responde apenas ou diante de Deus ou diante do tribunal da própria consciência e da humanidade.³⁴

A reserva epistêmica pode ser uma postura coerente em matérias como o aborto e a

eutanásia, admitindo, ante a não cognoscibilidade do que de fato ocorre (a partir de que momento existe um ser humano?) ou do que é mais correto do ponto de vista moral (abreviar a vida do paciente que sofre ou postergá-la ao máximo?), que o indivíduo decida de acordo com sua consciência, sem o constrangimento estatal. A moralidade, longe de requerer sempre a chancela estatal, exerce-se no âmbito da liberdade de escolha, como veremos adiante.

Stanton-Ife considera inapto o argumento da reserva epistêmica, porque o legislador poderia invocar uma postura objetivista da moral, arguindo a correção do seu ponto de vista mesmo em temas controversos. Contudo, isso é justamente o que já foi chamado de “paradoxo da moral”: acreditamos profundamente no nosso ponto de vista e na nossa visão de mundo, que para nós é a correta ou mais correta que a dos demais, mas somos capazes de aceitar a multiplicidade e coexistência de sistemas morais distintos. Essa postura adviria já de uma certa reserva epistêmica espontânea ou, quando não, da tolerância:

Mesmo quem propugna pela tolerância em relação a pessoas e ideias divergentes geralmente não faz isso em virtude da dúvida ou indecisão moral, mas porque adota o valor moral de respeito às “razões” ou ao “modo de ser” de outras pessoas, tendo uma postura de humildade de natureza moral.³⁵

O modelo aqui seria o da tolerância religiosa que, apesar do caráter *fundacionista* ou fundamentalista próprio das religiões, recomenda a coexistência das diferentes crenças. Sendo possível a liberdade religiosa e a laicidade estatal, por que não o seria uma espécie de laicidade moral, ao menos nos temas em que haja grande e razoável controvérsia?

A reserva epistêmica ou a semelhante

33 Esta tese perquire a partir de que momento, na gestação, o novo ser torna-se *senciente*. É uma posição gradualista, mais à vontade com o direito ao aborto precoce, defendida pelo filósofo Jeff McMahan, para quem “um aborto precoce não mata ninguém, apenas impede alguém de vir a existir.” (Apud BONELLA, Alcino Eduardo. A ética do aborto. *Revista Filosofia, Ciência e Vida*, São Paulo, Escala, Ano VI, n. 65, nov. 2011, p. 50)

34 ECO, Umberto; MARTINI, Carlo Maria. *Em que creem os que não creem?* 13. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010, p. 33.

35 DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 188.

falibilidade humana, de forma interessante, acaba sendo também o fundamento adotado por Mill para a liberdade individual e especialmente para a liberdade de expressão. Não sabemos qual a melhor opinião e, por isso, devemos deixar que todas se manifestem.

Nunca podemos ter certeza de que seja falsa a opinião que tentamos sufocar; e, se tivéssemos certeza, sufocá-la seria, ainda assim, um mal.³⁶

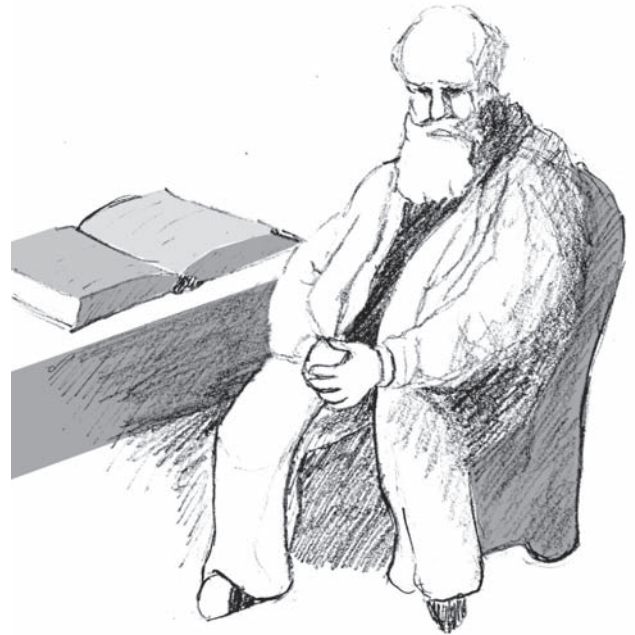
2.4. A ideia de “bem” como deliberação individual.

Próxima à tese da reserva epistêmica, existe a concepção de que o *bem* ou, na tradição da filosofia antiga, aquilo em que consistiria a *vida boa*, é assunto privado, deixado à liberdade de decisão dos indivíduos, sendo a interferência estatal nesse domínio incompatível com a *neutralidade* reclamada do Estado pelo liberalismo.

Temos aqui os mesmos problemas que suscitou o debate Hart x Devlin e, também nesse aspecto, inclinamo-nos pela impossibilidade de que as leis ou a atuação estatal como um todo observem rigorosa neutralidade axiológica. A eleição de valores e a sua implementação social é próprio, ou mesmo o *próprio* da política.

Nessa linha, busca-se distinguir entre o que é o *bom* (*no sentido moral, de bem*) e o que é o *correto*. O que é *correto* entraria normalmente no campo do direito; não cabe ao indivíduo sustentar seu direito a um modo de vida que considera ser o *bem*, mas que não é *correto*, pois traria prejuízo aos demais. Por outro lado, o Estado não poderia impor uma conduta que fosse considerada apenas *boa*, se ela não pudesse ser qualificada de *correta* ou *incorreta*, pois o *bem* seria uma questão de escolha individual.

Richard Rorty, na tradição liberal e adotando como ponto de partida filosófico o



ceticismo e o relativismo, propõe a distinção rigorosa de uma esfera privada e outra pública. Na privada, os fins são tantos quantos se propuserem os indivíduos, na absoluta contingência dos desejos pessoais e idiossincrasias; é o domínio da autonomia e da autocriação. A esfera pública, da política, existiria para assegurar a convivência e a liberdade existente na esfera privada, cogitando-se da igualdade de oportunidades, mas sempre no sentido de propiciar a todos a possibilidade da autonomia.³⁷

Embora problemático diferenciar entre o que é o *bem* e o que é meramente o *correto*, a distinção pode contribuir para deslegitimar ações estatais que signifiquem a eleição de

36 Apud SIMÕES, Mauro Cardoso. *John Stuart Mill e a liberdade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 34.

37 RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 89-129. O autor considera que a metafísica tentou unir a vida privada e a vida pública, conjugando o autodescobrimento e a utilidade política; e que o marxismo em determinado momento “pareceu mostrar como sintetizar a criação de si mesmo com a responsabilidade social, o heroísmo pagão com o amor cristão, o desapego do contemplativo com o fervor do revolucionário.” Propõe afinal que “os ironistas devem reconciliar-se com a cisão entre o privado e público.” (p. 207)

uma ética ou ideia qualquer de bem. Tal pode advir, como já visto, no contexto do neoconstitucionalismo, que admite a possibilidade de o juiz decidir com base em critérios éticos, bem como na forma mais banal do *politicamente correto*, se ele se torna lei ou política pública. Denis Rosenfield denuncia as medidas de “cerceamento da liberdade de escolha” que, segundo ele, começam de forma insensível e se acentuam:

As coisas funcionam anodidamente. Numa espécie de longa história, ela começa com o cinto de segurança. Deveria ser função do Estado informar sobre os eventuais malefícios de dirigir sem o cinto de segurança, cabendo a cada um decidir se seguirá ou não essa orientação, assumindo, evidentemente, as suas consequências. A história prossegue com uma cruzada contra o fumo e as bebidas alcoólicas, como se as pessoas fossem incapazes de discriminar por si mesmas o que é melhor para elas.³⁸

2.5. Liberdade e moral.

Ao tentar estabelecer os fundamentos de uma ética laica, Kant pensa a liberdade como a própria possibilidade da moral. A moral não existe quando ausente a liberdade. Qualquer constrangimento existente sobre a liberdade, externo ou mesmo interno, como os afetos, confere à ação móveis diversos do único concebido por Kant como propriamente moral: a consciência do dever.³⁹

Assim, a consagração de preceitos morais pelo Estado, por via das leis ou das decisões judiciais, pode viciar a ação do sujeito, que evidentemente perde valor, sob a ótica moral, se for ditada ou influenciada pela coação.

Também a *boa vontade*, despida de in-

teresses, é um valor religioso, ao menos para o cristianismo católico. Apesar do direito da Igreja e de outras confissões de participar do debate público sobre as leis, é de alguma forma contraditório que em temas polêmicos e de cunho marcadamente moral busquem lançar mão do gládio temporal para impor aos fiéis determinada conduta.

Os positivistas às vezes defendem a tese da separação, não com vistas a preservar o campo próprio do direito, mas o da moral. Assim, Luis Prieto considera que a separação entre direito e moral é necessária mesmo quando o direito fosse realmente justo, pois “la legalización de la moral empobrece e transforma en heterónomos los requerimientos de éste.”⁴⁰

Existe ainda o argumento, já acima mencionado, de que a tese da separação deixaria a esfera moral em melhores condições de criticar o direito:

(...) sólo cuando la moral se concibe separada del Derecho puede representar una atalaya imparcial para emitir juicios independientes sobre el propio sistema jurídico.⁴¹

Nessa linha de reflexão sobre a liberdade como condição da moralidade, consideramos problemáticas algumas decisões judiciais que ditam condenações por danos morais diante de condutas na esfera afetiva. Vão desde condenações por adultérios, justamente quando essa conduta foi descriminalizada, até o mais recente *abandono afetivo*. O próprio instituto dos danos *morais*, se não for adequadamente manejado, pode ensejar a condenação por condutas meramente imorais e não ilícitas.

Registra-se aqui a decisão do Superior

38 ROSENFELD, Denis. O germe do autoritarismo. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 04 jul. 2011.

39 GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. *Kant x Nietzsche: uma disputa permanente a respeito de liberdade, autonomia e dever*. São Paulo: Casa do Saber, 2012, p. 37-62.

40 Apud GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Ser o no ser normativo: um dilema para el positivismo jurídico. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008, p. 93.

41 *Ibidem*, p. 93.

Tribunal de Justiça que condenou um pai a pagar à filha duzentos mil reais a título de indenização por não lhe ter prestado assistência afetiva.⁴² Apesar da delicadeza do tema, pela importância do exercício responsável da paternidade, estamos aqui muito próximos da obrigação moral ou mesmo de uma demanda de amor, que estaria para além da própria moralidade. Segundo Kant, o amor

(...) é uma questão de sentimento e não de vontade, e eu não posso amar porque eu quero, menos ainda porque eu devo (ser colocado na necessidade de amar); segue daí que um dever de amar é um contrassenso.⁴³

3. Supremo Tribunal Federal e autonomia moral.

Diferentemente das decisões que acabamos de mencionar, na seara cível, a Corte Maior tem demonstrado prestigiar a autonomia moral do indivíduo e a própria separação entre as esferas moral e jurídica.

A autonomia moral ou, no dizer de Dworkin, o direito de independência moral, parece identificado pelo STF na forma de “autonomia da vontade individual”. Na decisão pela constitucionalidade da Lei nº 11.105/2005, que disciplina pesquisas com células-tronco embrionárias, a ementa traz fundamento, baseado em palavras do Ministro Joaquim Barbosa, relativo à “conjugação da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada”.⁴⁴

Em outro caso, ao autorizar a interrupção da gravidez do feto anencéfalo, afastando a tipificação criminal, além da ênfase dada à laicidade, o Supremo ressaltou os princípios da *autodeterminação*, da saúde, do direito de privacidade, bem como o reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.⁴⁵

A decisão sobre as uniões homoafetivas, que deu interpretação conforme à Constituição do art. 1723 do Código Civil para entendê-las legítimas, também se mostra importante nesse aspecto. Da ementa, além do importante fundamento da isonomia e da não discriminação, colhemos menções a vários conceitos que se ligam ao estabelecimento de uma esfera moral privada em que o indivíduo goza de autonomia. Assim, as referências ao *pluralismo* como valor sócio-político-cultural, à *liberdade* para dispor da própria sexualidade, à *autonomia da vontade* e ao *direito à intimidade e à vida privada*.⁴⁶

Ainda, na mesma ementa, temos uma referência próxima ao *harm principle* de Mill, sob a seguinte forma:

Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*.

Por fim, há menção ao princípio da dignidade humana e ao direito à *busca da felicidade*, na sua relação com o exercício das preferências sexuais. Esta última correlação fora feita também por Hart há mais de quarenta anos, ao defender o relatório do *Wolfenden Committee*.⁴⁷

42 STJ, REsp 1159242/SP, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 24/04/2012, DJe 10/05/2012.

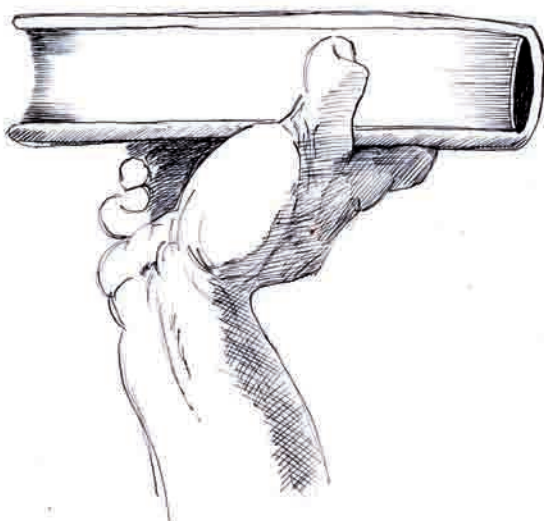
43 Apud COMTE-SPONVILLE, André. *Petit traité des grandes vertus*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 329 (tradução nossa). Sponville argumenta, citando Kant e Spinoza, que os mandamentos morais seriam uma “imitação” do amor (aja *como se* amasse!) e que, portanto, o amor é o único capaz de abolir a moral. Segundo Spinoza, os Evangelhos, pregando o amor, libertam da Lei. Também seria o sentido da frase de Santo Agostinho: *Ame e faça o que quiser*. (p. 334)

44 STF, ADI 3.510/DF, Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, j. 29/05/2008, DJe 27/05/2010.

45 STF, ADPF 54/DF, Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 12/04/2012, conforme o Informativo do STF n. 661/2012.

46 STF, ADPF 132/RJ, Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJe 14/10/2011.

47 HART, Herbert Lionel Adolphus. *Direito, liberdade, moralidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987, p. 48.



4. Conclusões.

O contexto atual da filosofia do direito, como vimos, com o predomínio do neo-constitucionalismo, confere papel de maior abrangência ao intérprete⁴⁸, flexibilizando a separação do direito e da moral, sobretudo no momento interpretativo e na ponderação de interesses.

Isso não implica necessariamente numa tendência à maior interferência na esfera de autonomia moral do indivíduo, mas torna mais relevante o estudo e a delimitação desse campo, constituído por um conjunto de direitos fundamentais, princípios de cunho político e balizas filosóficas.

A discussão sobre a autonomia moral é de grande importância, também, na questão da *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais. Pensados como anteparos à atuação estatal, dissente-se sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, entre particulares. Ainda que necessária à concretização de princípios constitucionais como a isonomia e a não discriminação, a

eficácia horizontal encontra limites na autonomia moral dos indivíduos. Após lembrar advertência de Canotilho de que essa eficácia pode representar “um confisco substancial da autonomia pessoal”, Sarmento afirma:

Existem, de fato, situações em que o preço a ser pago pela submissão dos particulares aos direitos fundamentais torna-se caro demais. Ela, em certos campos, pode levar à asfixia da espontaneidade das relações humanas, à homogeneização forçada do comportamento individual a partir de pautas tidas como “politicamente corretas”, às custas do pluralismo e da própria dimensão libertadora que caracteriza os direitos fundamentais.⁴⁹

Por fim, devemos aceitar que o direito tem limites e que a vida dos homens decide-se também fora dele. Junção da política (kratos) e da ética (ethos)⁵⁰, ou premido entre os dois, o direito talvez fique com a menor parte. Algumas das questões de que cogitam os juristas devem ser devolvidas à arena política e outras ao debate ético. Talvez o desejo de juridicizar advenha do medo que temos da incerteza. Fluidez da verdade, incerteza, assombro diante da nossa responsabilidade:

Há um momento em que não é mais uma questão de verdade mas sim, de fato, de amor, de preferência, de vontade, isto é, para falar com Espinosa, de desejo. (...) Não há dúvida de que uns possam servir-se mais da verdade e outros mais da ignorância ou da mentira; mas nenhuma verdade poderá substituir, entre eles, o combate.⁵¹

48 BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto et al. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49-118.

49 SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto et al. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 193-284.

50 SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 105.

51 COMTE-SPONVILLE, André. *Valor e verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 62.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

AS ESTRUTURAS ELEMENTARES DO PARENTESCO. In: *Wikipédia, a enciclopédia livre*. Flórida: Wikimedia Foundation, 2010. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/As_Estruturas_Elementares_do_Parentesco>. Acesso em: 12 dez. 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto *et al.* *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONELLA, Alcino Eduardo. A ética do aborto. *Revista Filosofia, Ciência e Vida*, São Paulo, Escala, Ano VI, p. 46-55, n. 65, nov. 2011.

BROCHADO, Mariá. O direito como mínimo ético e como *maximum* ético. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 52, p. 237-260, jan./jun. 2008.

COMTE-SPONVILLE, André. *Valor e verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Petit traité des grandes vertus*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DROIT, Roger-Pol. *Ética: uma primeira conversa*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ECO, Umberto; MARTINI, Carlo Maria. *Em que creem os que não creem?* 13. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Véu islâmico, laicidade e liberdade religiosa. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 15 set. 2009.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Ser o no ser normativo: um dilema para el positivismo jurídico. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. *Kant x Nietzsche: uma disputa permanente a respeito de liberdade, autonomia e dever*. São Paulo: Casa do Saber, 2012.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *Direito, liberdade, moralidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

_____. Positivism and the separation of law and morals. *Havard Law Review*, vol. 71, p. 593-629, 1958.

KELSEN, Hans. *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MATOS, Andyttias Soares de Moura Costa. Positivismo jurídico e autoritarismo político: a falácia da *reductio ad Hitlerum*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.

MILL, John Stuart. *A liberdade - utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RICOEUR, Paul. *Em torno ao político*. São Paulo: Loyola, 1995.

RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ROSENFELD, Denis. O germe do autoritarismo. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 04 jul. 2011.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. *In*: BARROSO, Luis Roberto *et al.* *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SIMÕES, Mauro Cardoso. *John Stuart Mill e a liberdade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

STANTON-IFE, John. *The limits of law*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/law-limits/>>. Acesso em: 11 dez. 2012.