

REFLEXÃO SOBRE A ÉTICA E O DIREITO(*)

IRANY FERRARI(**)

Nesta tarefa sobre Reflexão e Debates, optei por levar aos participantes deste 3º Debate Jurídico Nacional, uma ponderação a respeito da ética, tão desprezada nos dias que correm, seja por má formação profissional ou por qualquer outro motivo menos digno. Dessa reflexão poderão surgir eventuais debates, a fim de que, segundo espero, fique o tema bem sopesado por todos nós, e para que venhamos a ser, ou continuemos a ser, diligentes na luta para observância dos princípios que da ética decorrem.

O Direito brasileiro, inspirado no português, que por sua vez, se inspirou no romano sempre se assentou sobre o tripé: *honeste vivere, nemine laedere, suum cuique tribuere*, que, em vernáculo significa: viver honestamente, não lesar a outrem e atribuir a cada um o que é seu.

O Direito na sua generalidade, jamais passou desse trinômio, tendo até, o historiador *Capistrano de Abreu* preconizado que a Constituição Brasileira deveria ter apenas um artigo "o de que todo brasileiro deve ser honesto".

É clara a enorme abrangência da proposta, embora se possa constatar que "o viver honestamente" envolve um princípio ético da maior significação para a vida em comum, mesmo porque ele envolve também os outros dois elementos do brocardo, no sentido de se atribuir a cada um o que é seu e, também, o de não lesar a outrem.

Aí está contida, por outro lado, a fórmula insuperável da ética cristã, que é a de fazer ou não fazer aos outros aquilo que se queria feito ou não feito a si mesmo.

Segundo *Francesco Carnelutti*, em "Teoria Geral do Direito", o conteúdo dessa fórmula, que exprime interiormente a simplicidade e a imensidade da ética, só em parte penetra no direito. Entre não se apoderar da coisa de outrem e dar o que é seu, há uma ascensão, a meio da qual, a

(*) Exposição feita no dia 9.11.99, durante o 3º Debate Jurídico Nacional, realizado pela UNAERP, na Câmara Municipal de Ribeirão Preto.

(**) Juiz aposentado do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

mais das vezes, o direito se detém." Isto porque existem regras éticas cuja observância é necessária à manutenção da paz, e que nem todas se prestam a ser impostas pela força.

O Direito, na concepção de *Ulpiano*, tem na balança a expressão do equilíbrio ao lado da espada, que simboliza a força, ou a coação imposta pela Lei para que o equilíbrio se faça.

Assim, a distinção que se pode fazer entre ética e direito é a mesma que se faz entre o direito natural e o direito positivo, sendo certo que, com o passar do tempo houve acentuada diminuição da diferença quantitativa entre um e outro e, conseqüentemente, entre a ética e o direito.

A ética, por sua vez, tem íntima correlação com a equidade, que é a justiça do direito, ou seja, a conformidade do processo à regra ética, e por isso haver sido chamada de *justiça do caso concreto*. A equidade, quase sempre contudo, faz com que o Julgador se comporte segundo uma regra não formulada, como ocorria na jurisprudência romana do *honeste vivere do neminem laedere* e do *suum cuique tribuere*.

Neste caminhar, quando não se sabe o que é "viver honestamente" ou quando não se pode chegar ao que é "seu", não resta ao julgador outro caminho senão buscar a solução nos escaninhos da consciência.

E a consciência há de ser guiada pelos princípios da ética, sob pena de se aplicar mal o direito, naquele embate de que falamos entre o natural e o positivo.

O positivismo jurídico, para o qual "só é direito aquilo que o poder dominante determine e o que ele determina só é direito em virtude dessa circunstância", deixando de lado os valores humanos e éticos, esboroou-se com a Guerra Mundial de 39 a 45, durante a qual se perpetuou o maior genocídio, com normas de extermínio do poder dominante.

Dessa revolta surgiu, em 1948, a Declaração dos Direitos da pessoa humana, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas. Essa declaração, constitui, sem dúvida, o pilar fundamental da civilização, com sua abertura histórica na qual consta que a "desconsideração e o desrespeito dos direitos humanos resultaram em atos bárbaros, que revoltam a consciência da humanidade" e, a seguir estatuiu que "o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo".

Já *Aristóteles* dizia: "se a Lei estabelece uma regra universal e se sobrevém em seguida um caso particular que escapa a essa regra universal, é então legítimo — na medida em que a disposição adotada pelo legislador é insuficiente e errônea por causa de seu caráter absoluto — trazer um corretivo para sanar essa omissão, editando o que o próprio Legislador editaria se lá estivesse o que teria prescrito na Lei se tivesse tido conhecimento do caso em questão" (*apud Chaim Perelman, in "Ética e Direito"*, Ed. Martins Fontes, págs. 386/387).

Na tradição cristã, verifica-se tanto em *Santo Agostinho* como em *Santo Tomás de Aquino* que, em caso de conflito entre o direito natural e o direito positivo é este que será descartado.

Lembremo-nos ainda, que para *Santo Tomás de Aquino*, o filósofo da Igreja, "na medida em que uma Lei humana se opõe ao direito natural, já não se trata de uma Lei, mas de uma corrupção da lei (Suma Teológica, I, Secundae, Q 95, art. 2ª).

Foi *Montesquieu*, em sua obra clássica, "O Espírito das Leis", quem nos chamou a atenção para uma verdade incontestável, com a seguinte frase: "Dizer que não há nada de justo ou de injusto senão o que ordenam ou proibem as Leis positivas, é dizer que, antes que se houvessem traçado o círculo, nem todos os raios eram iguais. Cumprê, pois, reconhecer relações de equidade anteriores à Lei positiva que as estabeleceu".

A equidade, como já o dissemos, é uma manifestação do direito natural.

Hans Kelsen, como se sabe, é o representante máximo do positivismo jurídico, significando que os juristas devem ter como única preocupação a legalidade para dizerem o que é e o que não é conforme o direito. Para os positivistas a justiça, por certo não é relevante, porque se relaciona com a moral e com a religião.

Diga-se, porém que o Professor *Norberto Bobbio*, embora seja um positivista kelseniano, foi levado a concluir que "apesar do sistema de regras que protege a obra do jurista do perigo da avaliação direta do que é justo e do que é injusto, o critério dos critérios é o princípio supremo da justiça ("Les Antinomies em Droit", Bruxelas, 1995, págs. 257/258).

Não olvide o jurista, pois, da importância da ética, ou da moral se se quiser baixar do filosófico para as regras do costume, ambas fulcradas na razão.

A CF/88, ao tratar da Administração Pública, no *caput* do art. 37, especifica quais os princípios a que devem obediência os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a saber "legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade" e, outros menos relevantes, com o grifo na moralidade.

Essa moralidade dada como um princípio a ser observado quanto à Administração Pública, quando evidente o interesse público, está implícita também nos fundamentos do Estado Democrático de Direito, como decorre ao art. 1º de nossa Lei Magna, quando exige como seus pilares a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e o pluralismo político, com "a prevalência dos direitos humanos no trato das relações internacionais" (art. 411 da CF/88).

Sem a iluminação da Ética e da Moral sobre referidos fundamentos do Estado Democrático Brasileiro, nada vingará satisfatoriamente, como são inúmeros os exemplos colhidos diuturnamente e que calam no fundo das profundezas do ser humano, quer na qualidade de cidadão-político, quer no âmago da dignidade do homem, como ser acuado pela insegurança e desesperançado pelo desemprego, quer nos reflexos de uma política calcada na corrupção e no nepotismo.

A vida humana fundada nas nossas escolhas, nas nossas aventuras, nos nossos riscos, traz-nos conseqüências nas responsabilidades que temos para conosco mesmos e para com quem nos cerca, próximos ou não.

Por isso se ama a natureza, porque ela nos liberta do peso da consciência moral.

Mas, se há algo de que o ser humano não pode se libertar é dessa consciência moral que se revela na Ética em todos os sentidos e em todas as oportunidades, sob pena de nos mergulharmos no Caos Social, porque parece que o homem está mais afeito às aventuras e aos riscos sem assumir as responsabilidades com seu semelhante.

Por isso, agradecendo a inesquecível e imerecida Homenagem que hoje me é prestada, neste importante Debate Jurídico que a UNAERP vem realizando sob a inspiração e transpiração dessa exemplar figura humana, que é o meu amigo Dr. *João Augusto da Palma*, agradecendo, como o fiz, desejo, para finalizar, dizer que precisamos continuar tendo fé em Deus e no Brasil, não numa fé sem fundamento, mas numa fé que se aloje nos limites da razão, com responsabilidade.

Assim agindo, estaremos sendo coerentes conosco mesmos, porque a fé deve começar dentro de nós, espalhar-se entre outros e tomar conta do pensamento dos cidadãos do país, enquanto homens e trabalhadores, para que ela, sendo racional e responsável, oriente os homens do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, no sentido de executarem, elaborarem Leis e julgarem, sob a luz da Ética.

Sendo também isto o que nos vem faltando, entendo que com este modo de agir, o país poderá sair do caos em que se mergulhou, porque o direito tem sido desacompanhado, como deveria, dos princípios da Ética.

É o que desejamos, com a presente reflexão.