

DIREITOS, DEVERES NÃO: O TEOR COGNITIVO DA MORAL MODERNA

RIGHTS, NOT DUTIES: THE COGNITIVE CONTENT OF MODERN MORALITY

Delamar José Volpato Dutra*

RESUMO – O conteúdo normativo da modernidade fundamenta a distinção entre moral e ética, bem como, no âmbito da teoria da justiça, a prioridade do justo sobre o bom. A normatividade assim concebida parte do pluralismo incomensurável de doutrinas e concepções de bem. O direito à liberdade que sustenta o edifício do consenso liberal não é uma base suficiente para dar conta de decisões aceitáveis por todos em questões de bioética. Por isso, duas alternativas são possíveis, aquela de um *modus vivendi* entre as várias posições e aquela processual. Sugere-se que somente esta última pode fundamentar um consenso razoável entre as diversas posições.

PALAVRAS-CHAVE – Direito. Liberdade. Justiça. Pluralismo. Bioética.

ABSTRACT – The normative content of modernity underlies the distinction between morality and ethics, as well as, in the theory of justice, the priority of right over the good. The normativity so conceived departs from the incommensurable pluralism of doctrines and conceptions of the good. However, the right to freedom that grounds the political liberal consensus is not a sufficient basis to account for decisions acceptable to all in matters of bioethics. Therefore, two alternatives are available, that of a *modus vivendi* among the various doctrines and that of a procedural position. It is suggested that only the latter can support a reasonable consensus among the various incommensurable doctrines.

KEYWORDS – Law. Freedom. Justice. Pluralism. Bioethics.

* Doutor em Filosofia pela UFRGS, Pós-doc. na Columbia University e na University of Wales Aberystwyth. Professor na UFSC. E-mail: <djvolutra@yahoo.com.br>.

A nova normatividade moderna: os direitos do homem

No mais tardar com Hobbes descortinou-se um conceito de direito, cuja definição remete a um espaço de liberdade não determinado pela noção de obrigação, nem por uma obrigação do próprio sujeito de tal direito, nem por uma correspondente obrigação dos outros.¹ Não obstante, em uma primeira formulação da liberdade no cap. XIV do *Leviatã*, o seu autor ao fixar em razão de uma finalidade que a configura de um modo inevitável, tal finalidade não comporta traços normativos, mas sim mecânicos.² Assim se pronuncia Hobbes:

THE RIGHT OF NATURE, which Writers commonly call *Jus Naturale*, is the Liberty each man hath, to use his own power, as he will himselfe, for the preservation of his own Nature; that is to say, of his own Life; and consequently, of doing any thing, which in his own Judgement, and Reason, hee shall conceive to be the aptest means thereunto.³

Se nesta primeira formulação do direito como liberdade, esta é condicionada por um fim, mais abaixo, neste mesmo texto, encontra-se uma segunda formulação, desta feita incondicionada: “RIGHT, consisteth in liberty to do, or to forbeare”, de tal forma que “Law, and Right, differ as much, as Obligation, and Liberty; which in one and the same matter are inconsistent”. Seja como for, tais minúcias não são importantes para

¹ As referências a Kant seguem a uniformização proposta pela Kant-Studien Redaktion, disponíveis em <http://www.kant.uni-mainz.de/ks/abhandlungen.html> As citações literais são feitas a partir das traduções para o vernáculo das referidas obras.

Habermas sugere isso no primeiro capítulo de *Faktizität und Geltung*. Para uma concepção dissonante dessa posição, ver LIMONGI, Maria Isabel. Direito e Poder: Hobbes e a dissolução do Estado. *Dois Pontos*, v. 6, n. 3, 2009, p. 181-193. Ver também VOLPATO DUTRA, Delamar José. Direitos: liberdade jurídica e liberdade moral. In: SILVEIRA, D. C. HOBUSS, João Francisco (Orgs.). *Virtudes, direito e democracia*. Pelotas: Ed. Universitária UFPel, 2010, p. 121-144.

² A esse respeito, Lloyde defende uma distinção entre direito natural e direito a todas as coisas. O primeiro seria compatível, e mesmo determinado, pela lei natural [LLOYD, Sharon. A. Hobbes's Self-effacing Natural Law Theory. *Pacific Philosophical Quarterly*, v. 82, n. 3-4, 2001, p. 285-308].

³ HOBBS, Thomas. *Leviathan*. [1651]. London: Penguin, 1985, Chap. XIV. Essa reformulação do direito natural clássico já tinha sido sugerida por Grotius, que estabeleceu três sentidos para o termo direito: primeiro, como o que é justo; segundo, uma faculdade ou poder que se tem sobre si mesmo, chamada de liberdade; terceiro, como a lei que nos obriga a fazer o que é apropriado [GROTIUS, Hugo. *On the Law of War and Peace*. [1625]. (Transl. A. C. Campbell: *De jure belii ac pacis*). Botoche: Ontario, 2001, Book I, chap. 1, III, V e IX, respectivamente]. A esse respeito ver VOLPATO DUTRA, Delamar José. Grotius: pré-história da teoria kantiana da virtude. In: HOBUSS, João (Org.). *Ética das virtudes*. Florianópolis: EDUFSC, 2011, p. 157-169.

Hobbes, haja vista ele ter unificado a suma da lei de natureza e do direito de natureza justamente na primeira lei de natureza, não importando isso contradição, exatamente porque ambas as normatividades têm a mesma determinação, a saber, a autoconservação.

Vale anotar, com relação a esse ponto, a formulação que Hobbes oferta da felicidade no cap. XI da referida obra. Segundo ele, é a felicidade que está em questão quando se tem em vista aquilo que concerne ao viver juntos em paz e unidade. É tendo em vista este fim que se deve considerar o seguinte:

that the Felicity of this life, consisteth not in the repose of a mind satisfied. For there is no such Finis ultimus, (utmost ayme,) nor Summum Bonum, (greatest Good,) as is spoken of in the Books of the old Morall Philosophers. Nor can a man any more live, whose Desires are at an end, than he, whose Senses and Imaginations are at a stand. Felicity is a continuall progresse of the desire, from one object to another; the attaining of the former, being still but the way to the later.

Não se trata, bem entendido, daqueles costumes [manners] irrelevantes, por exemplo, como um homem deve saudar a outro. Não, trata-se daquilo que realmente importa para a paz e a unidade, a saber, a felicidade, pois é esta que causa as diferenças importantes. Essas diferenças são uma via de mão dupla, pois as ações voluntárias dos homens com a finalidade de conseguir e garantir uma vida satisfeita levam a uma competição por bens primários como riqueza, honra e mando e, por outro lado, o medo da morte e o desejo de conforto predispõem o homem para o poder comum.⁴

Independentemente de como esse viés liberal operará na teoria de Hobbes, o fato é que tal posição se constitui em uma crítica à teoria moral

⁴ Tuck sugere uma leitura diferente do texto de Hobbes, a qual, embora plausível, não se mostra incompatível com uma leitura segundo a qual os interesses privados estão em questão no estado de natureza, e, portanto, também no Leviathan: "What Hobbes was concerned with above all was the conflict not of interests but of ideologies – of dogmatic beliefs which forced their bemused followers into actions deeply against their own interests, culminating in the civil wars which had wasted Europe since the Reformation. It was mistaken or contentious beliefs, not rational self-interest, that led to defections from the social enterprise" [TUCK, Richard. *Free Riding*. Cambridge, Massachusetts, and London: Harvard University Press, 2008, p. 122]. Arendt, por seu turno, sufraga justamente a leitura sugerida no presente estudo: "Hobbes's *Leviathan* exposed the only political theory according to which the state is based not on some kind of constituting law-whether divine law, the law of nature, or the law of social contract-which determines the rights and wrongs of the individual's interest with respect to public affairs, but on the individual interests themselves, so that 'the private interest is the same with the publique'" [ARENDDT, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*. San Diego New York London: Harcourt Brace, 1976 [1951], p. 139].

da vida boa, ao menos como fundamento do viver em paz e unidade, haja vista negar que haja um *Finis ultimus* ou um *Summum Bonum*. Nesse sentido, o título do mencionado capítulo XI resume o ponto: *Das diferenças de costumes*. Mais tarde, Kant classificará os imperativos concernentes à felicidade como comandos hipotéticos. Segundo ele, tais imperativos só não são completamente analíticos⁵, como aqueles referentes a uma intenção possível, porque a felicidade é um conceito indeterminado⁶, de onde conclui ser ela um ideal da imaginação, não da razão.⁷ O reflexo disso na filosofia do direito será operar a ligação entre o direito à liberdade e a busca da felicidade. Tal amálgama se torna, então, um dos princípios a priori de um estado civil, a saber, a *liberdade* de cada membro da sociedade, como *homem*, a qual se define do seguinte modo:

Ninguém me pode obrigar a ser feliz à sua maneira (como ele concebe o bem-estar de outros homens), mas cada um pode buscar a sua felicidade pela via que lhe parecer boa, contanto que não prejudique a liberdade de outros a aspirarem a um fim semelhante, a qual pode coexistir com a liberdade de cada um, segundo uma lei universal possível (i. e., contanto que não prejudique o direito de outrem).⁸

É por isso que Kant pode concluir que o homem só possui um direito inato, a liberdade: “*Liberdade* (independência do arbítrio coercitivo de um outro), na medida em que pode subsistir com a liberdade de qualquer outro de acordo com uma lei universal, é este direito único, originário, pertencente a cada homem por força de sua humanidade”.⁹

⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. [Trad. G. A. de Almeida: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten]. São Paulo: Discurso Editorial/Barcarolla, 2009, p. 419.

⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. [Trad. G. A. de Almeida: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten]. São Paulo: Discurso Editorial/Barcarolla, 2009, p. 418.

⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. [Trad. G. A. de Almeida: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten]. São Paulo: Discurso Editorial/Barcarolla, 2009, p. 418.

⁸ TP, AA 08: 298. “No one can force me to be happy in his way (according to how he conceives the welfare of other human beings), rather each may pursue happiness in the way that he sees fit, as long as he does not infringe on the freedom of others to pursue a similar end, which can coexist with the freedom of everyone in accordance with a possible general law (that is, with the same right of another)”.

⁹ RL, AA 06: 237. “Freedom (independence from being constrained by another’s choice), insofar as it can coexist with the freedom of every other in accordance with a universal law, is the only original right belonging to every man by virtue of his humanity”.

Ainda que não se possa registrar, ao menos explicitamente, em Hobbes e Locke¹⁰, uma associação entre o direito natural e a busca da felicidade, lidos a partir da agregação posteriormente feita, vários elementos que eles acoplaram a tal direito compõem os fundamentos liberais da felicidade, ou, como diria Rawls, bens primários indispensáveis para qualquer plano de felicidade. É o caso da defesa que Hobbes faz da liberdade de fé, diferentemente do culto que o soberano pode determinar ou, no caso de Locke, a defesa da liberdade de crença religiosa. Kant, nesse particular, é explícito na associação da liberdade como único direito inato à felicidade.

Essa separação entre dois sentidos de bom, ou seja, por um lado, aquilo que concerne à felicidade e, por outro lado, aquilo que concerne ao viver em paz e unidade, levou ao que Rawls chamou de prioridade do justo sobre o bem, cuja origem pode ser rastreada ao menos já em Hobbes, considerado um dos fundadores do direito natural moderno, bem como em Kant: “O conceito de bom e mau não tem que ser determinado antes da lei moral [...] mas somente [...] depois dela e através dela”.¹¹ Na sua forma mais radical, como em Habermas, o conteúdo da moral dirá respeito apenas aos deveres para com os outros.¹²

É nesse sentido que a Filosofia se afastará paulatinamente da vida boa para se concentrar em questões de justiça. Habermas chamou a este fenômeno uma abstenção fundamentada nas diferenças de visões de mundo conflitantes.¹³ Isso implica em definir os termos *ética* e *moral* de modo peculiar. A ética concerniria ao viver bem e à vida boa, àquilo que remete à felicidade, já a moral remeteria a questões de justiça. Dworkin bem explicitou este ponto: “Moral Standards prescribe how we ought to treat others; ethical standards, how we ought to live ourselves. We can – many people do – use either ‘ethical’ and ‘moral’ or both in a broader

¹⁰ Hobbes e Locke não associaram diretamente os conceitos de direito [right] e felicidade. O primeiro a fazer isso parece ter sido Gottfried Wilhelm Leibniz no *Codex Juris Gentium* [1693]. Talvez, esta possa ter sido a fonte da associação kantiana dos dois conceitos. No caso americano, o registro que a Virginia Declaration of Rights adotou em 12 de junho de 1776, “That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity, namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety”, foi, provavelmente, influência de Jean-Jacques Burlamaqui (1694-1748), em seus *Principes du droit naturel* (1747) and *Principes du droit politique* (1751).

¹¹ KpV, AA 05:62-3. “The concept of good and evil must not be determined before the moral law (of which it seems as if it must be the foundation), but only after it and by means of it”.

¹² TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. (E. Stein: Vorlesungen über Ethik). Petrópolis: Vozes, 1996, p. 164-5.

¹³ HABERMAS, Jürgen. *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 2001, p. 11-33.

sense that erases this distinction, so that morality includes what I call ethics, and vice versa”.¹⁴

Assim, a distinção entre ética e moral estabelece os fundamentos normativos da modernidade, pois existencializa as matérias de felicidade, ao mesmo tempo em que submete à razão pública as matérias morais. Em termos gerais, a vida privada passa a dispor de um âmbito de liberdade cujas matérias a ela afetas boa parte da filosofia há muito abdicou de tratar. Isso se traduz na idéia de um espaço em relação ao qual a liberdade é absoluta: “there ought to exist a certain minimum area of personal freedom which must on no account be violated”¹⁵, desde que compatível com a igual liberdade dos outros.

Assenta central nesse modo de pensar um sentido forte do conceito de direito, ou seja, aquele que sobrevive apesar das leis civis. O gérmen disso pode ser, com certeza, visto em Hobbes. Segundo ele, direitos podem ser pensados como liberdades que o *homem* tem, as quais o *súdito* mantém, pois o direito a elas não pode ser alienado. Dito de outro modo, ainda que a única finalidade da lei civil seja limitar a liberdade natural¹⁶, como condição para a paz, as leis civis não podem limitar certas determinações fundamentais da liberdade natural: “every subject has liberty in all those things the right whereof cannot by covenant be transferred. I have shown before, in the fourteenth Chapter, that covenants not to defend a man’s own body are void”.¹⁷ Trata-se de uma obediência condicionada, ou seja, que não seja incompatível com salvar ou preservar a própria vida, pois esta, aliás, é a última razão do próprio Estado.¹⁸ Exemplos de tais direitos ou liberdades são: o direito de evitar a morte, de defender o seu corpo, de usar alimentos, de respirar, de mentir em relação aos próprios crimes. Em relação a este último ponto, haveria conexão, inclusive, com a liberdade de pensamento e crença do cap. XL do Leviatã, bem como com a crítica à extensão das leis para abarcar os pensamentos e a consciência dos homens, conforme o caps. XLVI e XLII do texto referido. Todas as outras liberdades não são direitos inalienáveis, mas dependem do silêncio da

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 191.

¹⁵ Capítulo I, “The Notion of ‘Negative’ Freedom” do texto “Two Concepts of Liberty”, BERLIN, Isaiah. *Four essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1969.

¹⁶ HOBBS, Thomas. *Leviathan, or Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*. [Edited by C.B. Macpherson]. London: Penguin, 1968. [1. ed., 1651], Chap. XXVI.

¹⁷ HOBBS, Thomas. *Leviathan, or Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*. [Edited by C.B. Macpherson]. London: Penguin, 1968. [1. ed., 1651], Chap. XXI.

¹⁸ STRAUSS, Leo. Comments on *Der Begriff des Politischen*. IN STRAUSS, Leo. *Spinoza’s Critique of Religion*. New York: Schocken, 1965. p. 337.

lei. Assim, embora possa haver perfeita harmonia entre a lei civil e a lei natural, entre a lei civil e o direito natural há um hiato.¹⁹

Na justificação de tais direitos ou liberdades, o raciocínio de Hobbes parece bastante mecanicista. Poder-se-ia perguntar, o que retiraria da lei o seu caráter obrigatório (cap. XXVII)? Para se responder a esta questão há que se indagar pelo que dá obrigatoriedade a elas. Para Hobbes, a resposta se encontra na voluntariedade: “And therefore there be some rights which no man can be understood by any words, or other signs, to have abandoned or transferred. As first a man cannot lay down the right of resisting them that assault him by force to take away his life, because he cannot be understood to aim thereby at any good to himself”.²⁰

No cap. VI do *Leviatã* pode ser encontrada uma justificação de como fundamentar a possibilidade da obrigação. Neste capítulo, ele afirma que a sensação é o registro de um movimento provocado em nós, pela ação em nosso corpo do que vemos, ouvimos, sentimos. A imaginação é o resíduo deste movimento, que acaba se tornando a primeira origem interna de todos os movimentos voluntários. O esforço são os pequenos inícios de movimento que depois se manifestam no andar e em outras ações visíveis. Esse esforço ou movimento interior vai em direção a algo que o causa ou para evitar algo. Trata-se do apetite/desejo e da aversão. Na deliberação, o último apetite ou aversão é o que se chama vontade. Isso vale para os animais em geral.²¹ Portanto, algo involuntário ocorreria quando se buscasse ou se evitasse algo contrário ao último apetite ou aversão, pois ficaria marcado pela determinação causal aqui exposta. Por esse raciocínio, matar-se deveria ser um ato impossível. Sem embargo desse problema, o que Hobbes diz é que não se pode abdicar do direito a essa liberdade, porque o cálculo do desejo/aversão é tão forte que ninguém fica obrigado no futuro e em uma circunstância concreta a se matar ou a matar um outro, pois o que vincula não são as palavras que obrigam, mas a intenção de qualquer pacto que é manter a vida.²² Sabidamente, para Hobbes, a única coisa que leva os homens a respeitarem as leis é o

¹⁹ HECK, José N. *Thomas Hobbes: passado e futuro*. Goiânia: EdUFG, 2004, p. 134-6.

²⁰ HOBBS, Thomas. *Leviathan, or Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*. [Edited by C.B. Macpherson]. London: Penguin, 1968. [1. ed., 1651], Chap. XIV.

²¹ HOBBS, Thomas. *Leviathan, or Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*. [Edited by C.B. Macpherson]. London: Penguin, 1968. [1. ed., 1651], Chap. VI.

²² HOBBS, Thomas. *Leviathan, or Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*. [Edited by C.B. Macpherson]. London: Penguin, 1968. [1. ed., 1651], Chap. XXI.

medo de uma pena corporal.²³ Ora, o medo de uma morte certa e imediata é maior do que aquele de uma morte mais distante, o que leva à nulidade do pacto feito por razões estritamente causais.

Segundo Arendt, o que funda o Estado em Hobbes não é uma lei constituinte, nem o pacto social, mas o próprio interesse do indivíduo. Assim, o interesse do indivíduo passa ser o interesse público, de tal forma que quando este último desafia frontalmente aquele, o indivíduo poderá resistir.²⁴

O ponto é que esse raciocínio de Hobbes que finca raízes em sua filosofia natural mecanicista foi reformulado e ampliado por razões normativas. Esse é claramente o caso de Kant. Conceitos como autonomia, liberdade e dignidade humana, darão forma a um tipo de Estado que deve se abster do tratamento da vida boa. De fato, o princípio universal do direito reza:

É *justa* toda ação segundo a qual ou segundo cuja máxima a liberdade do arbítrio de cada um pode coexistir com a liberdade de qualquer um segundo uma lei universal, etc. [...] Se minha ação, portanto, ou em geral meu estado, pode coexistir com a liberdade de qualquer um segundo uma lei universal, então aquele que me impede nisto é injusto para comigo, pois este impedimento (esta resistência) não pode coexistir com a liberdade segundo leis universais.²⁵

É possível entender, então, a conjugação deste princípio com o único direito inato, a liberdade, como citado acima. Este direito à liberdade implica também a igualdade. Kant dá ao menos dois exemplos de leis nulas por não obedecerem ao princípio da igualdade, uma delas seria uma lei tributária que tratasse diferentemente os súditos com situações fáticas semelhantes; o outro é o de uma lei que impusesse um culto permanente. Contudo, para Kant, leis desse jaez não autorizariam a desobediência,

²³ HOBBS, Thomas. *Leviathan, or Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*. [Edited by C.B. Macpherson]. London: Penguin, 1968. [1. ed., 1651], Chap. XXVII.

²⁴ "Hobbes's *Leviathan* exposed the only political theory according to which the state is based not on some kind of constituting law—whether divine law, the law of nature, or the law of social contract—which determines the rights and wrongs of the individual's interest with respect to public affairs, but on the individual interests themselves, so that 'the private interest is the same with the publique'" [ARENDDT, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*. San Diego New York London: Harcourt Brace, 1976 [1951], p. 139].

²⁵ RL, AA 06: 230-1. "Any action is *right* if it can coexist with everyone's freedom in accordance with a universal law, or if on its maxim the freedom of choice of each can coexist with everyone's freedom in accordance with a universal law. If then my action or my condition generally can coexist with the freedom of everyone in accordance with a universal law, whoever hinders me in it does me *wrong*; for this hindrance (resistance) cannot coexist with freedom in accordance with a universal law".

muito menos a resistência. Poderiam, sim, ser criticadas pela liberdade de expressão. Com relação a este último ponto, vale a pena observar que tal liberdade não é inocente, pois ela ser pode altamente corrosiva dos sistemas políticos estabelecidos. Schmitt viu muito bem isso em um direito com menor escopo que este, a saber, a liberdade de crença que ele detecta em Hobbes e, que segundo ele, torna o Leviatã um mecanismo despido de alma.²⁶

Diferentemente de Hobbes, Kant não chega ao ponto da desobediência. Autores como Habermas e Rawls defendem claramente a desobediência civil. Isso mostra a força normativa da concepção que defendem, capaz de se opor às decisões políticas da vontade majoritária.

Com relação a esse particular, não faltam críticos a essa concepção normativa da modernidade, seja por uma razão ou outra. Como exemplares de tais críticas podem ser apresentadas as posições de MacIntyre²⁷ e Williams. Segundo este último, em tais concepções trata-se de um uso equivocado da noção de obrigação: “we need an account of what obligations are when they rightly seen as merely one kind of ethical consideration among others. This account will help to lead us away from morality’s special notion of moral obligation, and eventually out of the morality system altogether”.²⁸ Para ele, a noção de obrigação tem que ser substituída ou redefinida pela de importância. Isso significa substituir a noção de “highest deliberative priority” pela de “high deliberative priority”.²⁹ O dever [must do] não é um conceito peculiar ou exclusivo da ética, podendo advir, por exemplo, da necessidade de autoproteção, de tal forma que a necessidade prática pode advir tanto de considerações morais, quanto de qualquer outra consideração, na ponderação das quais o dever ético tem importância, mas não preponderância. Nesse sentido, Kant teria chegado a uma noção incondicionada de obrigação “because of his picture of the rational self as free from causality”.³⁰ Uma

²⁶ SCHMITT, Carl. *El Leviathan en la teoría del estado de Tomas Hobbes*. [Trad. F. J. Conde]. Granada: Comares, 2004.

²⁷ MacINTYRE, Alasdair. *After Virtue*. 2. ed., Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1984; MacINTYRE, Alasdair. *Whose justice? Which rationality?* London: Duckworth, 1988.

²⁸ WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the limits of Philosophy*. London: Fontana, 1993, p. 182.

²⁹ WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the limits of Philosophy*. London: Fontana, 1993, p. 184-5. Uma implicação dessa posição é a despotencialização do conceito de direito, redefinido como um benefício advindo da obrigação dos outros [WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the limits of Philosophy*. London: Fontana, 1993, p. 185. Obrigações negativas são mais importantes do que as positivas, pois necessitamos daquelas todo o tempo, como por exemplo, não ser morto [WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the limits of Philosophy*. London: Fontana, 1993, p. 186].

³⁰ WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the limits of Philosophy*. London: Fontana, 1993, p. 186.

noção de obrigação assim concebida é uma ilusão.³¹ Para resumir, trata-se de enganos filosóficos que traduzem uma má compreensão da vida. Na verdade, a obrigação é só um tipo de consideração ética, mas não a única a ser feita. A necessidade prática não é peculiar da ética.

Restaria por analisar se uma atenuação da distinção entre ética e moral, tal qual feita por Williams, não levaria a um enfraquecimento demasiado do conceito de justiça.

O escopo do arbítrio

Uma questão importante sobre essa matéria concerne à extensão daquilo que fica à disposição da liberdade de cada um. Assim, é importante determinar critérios e teorias para se classificar uma matéria no âmbito da liberdade privada, da ética, ou no âmbito da moral da razão pública. Para resumir boa parte dessa argumentação, pode-se apelar à formulação minimalista de Mill: é proibido ou se deve proibir o que causa dano a um outro³². Pode-se acrescentar mais um critério para se determinar o que deve ser remetido à vida privada, a saber, aquilo que for muito controverso. Nesse caso, uma forma de buscar acordo é os contendores acordarem justamente sobre a liberdade de cada um agir do modo como achar melhor. Um tal argumento já pode ser encontrado em Locke. Segundo ele, não haveria como estabelecer uma religião verdadeira, haja vista os princípios divergem sobre qual é a verdadeira religião³³, o que implica na possibilidade de a opinião de cada um deles ser errônea.³⁴ Certamente, uma tal formulação implica um afastamento da humanidade das determinações culturais, algo já avançado por Arendt: “Man of the twentieth century has become just as emancipated from nature as eighteenth-century man was from history. History and nature have become equally alien to us, namely, in the sense that the essence of man can no longer be comprehended in terms of either category”.³⁵

Esse argumento é válido desde que a matéria em questão não cause dano a uma pessoa. Ora, o conceito de pessoa acaba sendo o critério fundamental a partir do qual uma matéria pode ser decidida ou não pelo arbítrio de cada um.

³¹ WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the limits of Philosophy*. London: Fontana, 1993, p. 191.

³² MILL, John Stuart. *On Liberty and Other Essays*. [Oxford World's Classics]. Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 14.

³³ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. [Trad. A. Aiex: Epistola de tolerantia]. 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 5.

³⁴ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. [Trad. A. Aiex: Epistola de tolerantia]. 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 9.

³⁵ ARENDT, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*. San Diego New York London: Harcourt Brace, 1976 [1951], p. 298.

Portanto, uma questão conexa com o desenvolvimento do conceito de direitos e liberdades a eles subjacentes é aquela dos portadores ou a quem devem ser atribuídos tais direitos. O conceito de pessoa passa a ser fundamental nessa tarefa, pois cada pessoa passa a ter um valor absoluto³⁶. Segundo Rawls, por exemplo, a teoria da justiça por ele defendida funda uma inviolabilidade da pessoa que não pode ser comprometida, nem pelo bem estar de todos os demais.³⁷ Contudo, a sua dicção de que o aborto pode ser decidido por vontade majoritária e que a eugenia estaria justificada em razão do seu segundo princípio de justiça, são um claro indício de que o conceito de pessoa opera de maneira unilateral.

Ou seja, a marca da personalidade dá um caráter de inviolabilidade. Porém, nem todos os corpos do mundo e nem todos os corpos humanos possuem tal predicado. Tal questão, na verdade, envolve menos um problema conceitual e mais propriamente um problema político. Como bem frisou Arendt “the right to have rights, or the right of every individual to belong to humanity, should be guaranteed by humanity itself”.³⁸ Trata-se mais de um processo de generalização desse predicado do que da sua definição. Sem embargo disso, seja qual for a definição, o problema é sempre a quem se aplica. Ou seja, trata-se de uma questão de status, de reconhecimento³⁹, e, portanto, da esfera política. Isso, de fato, é uma reminiscência importante da história do conceito de dignidade, de pessoa. Um registro disso pode ser encontrado no próprio *Leviatã*: “The public worth of a man, which is the value set on him by the Commonwealth, is that which men commonly call dignity”.⁴⁰ Já em Roma o conceito operava desse modo. Ora, esse traço o conceito guarda ainda hoje, pois os portadores de direitos são aqueles reconhecidos como tendo dignidade. As exclusões do âmbito de aplicação foram muitas ao longo da história. Hoje, a questão se concentra na discussão sobre os fetos, os embriões e os comatosos. Alguns estendem a discussão para os animais. Resta assentado, portanto, que a atribuição desse predicado depende de status, especialmente, hoje, para aqueles que são os fracos, ou os mais fracos, como fetos, embriões e animais.

³⁶ HABERMAS, Jürgen. The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights. *Metaphilosophy*. Vol. 41, No. 4, 2010, p. 474.

³⁷ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. [Revised Edition]. Oxford: Oxford University Press, 1999, § 1.

³⁸ ARENDT, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*. San Diego New York London: Harcourt Brace, 1976 [1951], p. 298.

³⁹ HABERMAS, Jürgen. The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights. *Metaphilosophy*, v. 41, n. 4, 2010, p. 472-3.

⁴⁰ HOBBS, Thomas. *Leviathan, or Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*. [Edited by C.B. Macpherson]. London: Penguin, 1968. [1. ed., 1651], Chap. X.

Procedimento e positivismo jurídico

*Nas coisas mais relevantes é mais importante que as decisões sejam tomadas do que a maneira como elas são tomadas.*⁴¹

Pode-se afirmar que os princípios não têm um significado estável e independente de suas aplicações a casos concretos⁴², haja vista uma norma não providenciar a sua própria interpretação.⁴³ Considerando o pluralismo das posições acima apresentadas, pode-se perguntar se há ou não algum tipo de base racional para um acordo sobre princípios fundamentais, mormente o igual respeito e consideração, e, portanto, sobre uma justificação moral do direito, ou se ao final não se trata de uma decisão política que o judiciário tem que tomar, à revelia de qualquer critério que pudesse contar com um consenso sobreposto a partir das várias doutrinas abrangentes razoáveis.

Poder-se-ia alegar como último refúgio para se evitar um pluralismo epistemológico radical, que os participantes poderiam ainda entender a disputa como uma controvérsia sobre a melhor interpretação do mesmo princípio da dignidade humana, o qual seria aceito por todos. Ou seja, ainda que o desacordo radical fosse observável a partir da própria perspectiva do participante, visto que “no-one may claim privileged access to the truth of constitutional or legislative matters”⁴⁴, ele não desafiaria a razoabilidade das justificações morais em seu conjunto, haja vista que dessa indeterminação epistêmica do ponto de vista do participante, não se seguiria o não cognitivismo como uma posição de teoria moral e jurídica.

Entretanto, a pressuposta mesmidade do princípio seria contraditada performativamente pela indisponibilidade de um acordo em casos difíceis ou trágicos⁴⁵, de tal forma que ameaçaria o próprio conceito de razoabilidade, como afirma Rawls na discussão sobre o aborto. Levada às suas últimas consequências, tal situação parece sugerir que os princípios básicos da moral moderna são incapazes de dar conta, de

⁴¹ SCHMITT, Carl. *Politische Theologie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009, p. 61.

⁴² HABERMAS, Jürgen. On Law and Disagreement. Some Comments on “Interpretative Pluralism”. *Ratio Juris*. V. 16, N. 2, 2003, p. 188.

⁴³ HART, Herbert. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961, p. 123. “Una ley no puede aplicarse, manipularse o ejecutarse a sí misma; no puede ni interpretarse, ni definirse, ni sancionarse” [SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. [M. Herrero: Ubre die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens [1934]]. Marid: Tecnos, 1996, p. 16].

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. On Law and Disagreement. Some Comments on “Interpretative Pluralism”. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, 2003, p. 189.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. On Law and Disagreement. Some Comments on “Interpretative Pluralism”. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, 2003, p. 188.

uma forma aceitável por todos, dos conteúdos mais importantes de uma determinada forma de vida, de tal forma que os mesmos não poderiam ser explicados cognitivamente a partir dos princípios, mas dependeriam de certos procedimentos nos quais eles seriam analisados.

Isso explicaria, aliás, o caráter atraente das teorias com base processual, em detrimento daquelas com base nos conteúdos. Tais teorias processuais são defendidas tanto por positivistas jurídicos, quanto por teóricos da justiça, como o próprio Rawls, para quem, vale lembrar, a sua proposta da justiça como equidade é um tipo de justiça processual pura, cuja origem está no procedimento da posição original, bem como Habermas, o qual propõe uma teoria processual da verdade, da ética e do direito, baseada na racionalidade comunicativa.⁴⁶

Com relação a esse ponto, Habermas sustenta que o processo poderia fornecer autoridade cognitiva, independentemente da falta de acordo sobre determinados conteúdos. A tese de Habermas é a de que o conteúdo acordado seria menos importante do que a própria performance de sua produção. Seria tal performance que fundamentaria a autoridade da aceitação dos resultados sobre os quais há discordância.⁴⁷ Mister, portanto, que se apele a algo outro do que ao conteúdo das normas, sendo o melhor candidato para isso o significado do próprio processo e não os seus produtos.⁴⁸ Para ele, a própria performance pela qual uma constituição passa a existir tem um significado performativo, qual seja, “people found a voluntary association of free and equal citizens, and continue to exercise self-government, by mutually according one another certain basic rights, thus regulating their life-in-common by means of positive and coercive law in a legitimate way”.⁴⁹ Seria tal significado do procedimento que daria a autoridade momentânea a um determinado produto, o qual poderia ser sempre revisado nos termos do próprio processo que o engendrou.

Sem embargo da posição defendida por Habermas, imperativo é que se faça referência ao pluralismo epistêmico defendido pelo positivista jurídico, o qual também busca por uma fonte de legitimidade à parte dos conteúdos. Veja-se como o próprio Habermas se manifesta a respeito:

⁴⁶ VOLPATO DUTRA, Delamar José. Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005.

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. On Law and Disagreement. Some Comments on “Interpretative Pluralism”. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, 2003, p. 190.

⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. On Law and Disagreement. Some Comments on “Interpretative Pluralism”. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, 2003, p. 193.

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. On Law and Disagreement. Some Comments on “Interpretative Pluralism”. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, 2003, p. 193.

According to legal positivism, norms, verdicts and decrees derive their binding force and validity from the occurrence of certain law-generating events: These decisions must only be processed in the right way and authorized by the right institutions. Which procedures, practices, and authorities may count as the right ones is again defined by law, and by law only. Therefore, “a norm is law, not by virtue of its content, but by virtue of its source” (Waldron 1999, 33). In order to deal with the paradox of the self-referential closure of the legal system, the contingent nature of the validating source is either compensated for by force (H. Kelsen) or concealed by custom (H. L. A. Hart). A “theory of authority” (J. Raz) explains, in terms of either sanctions or established forms of life, why the “ground rules” generate the general acceptance of coercive legal commands.⁵⁰

Tendo em vista a afirmação de Rawls de que não há acordo das doutrinas abrangentes razoáveis sobre o ponto aqui em consideração, a determinação política que resultar disso não passará de um simples *modus vivendi*. A posição de Dworkin de que seria possível um acordo das partes em contenda em um nível mais abstrato de moralidade política não procede, haja vista tal posição só ser possível pela despersonalização de parcela dos corpos humanos, o que não pode ser aceito de forma razoável por todos como elemento irrelevante para o direito. O que resulta, então, é um *modus vivendi* entre os que são pessoas em desfavor dos que não são pessoas. Tal separação entre os que contam e os que não contam é arbitrária, no sentido de que não pode contar com o apoio das doutrinas abrangentes razoáveis.

Em suma, considerando as posições irreconciliáveis das várias doutrinas e religiões sobre a matéria, não resta outra alternativa de solução senão o princípio da liberdade, o qual, neste caso, não pode contar com o apoio de todas as posições, diferentemente do que ocorre com a própria crença religiosa. Tal acontece porque nas crenças religiosas não há o seu de ninguém seja danificado, ao passo que nas questões bioéticas há discussão sobre a pessoalidade de entes envolvidos no processo e, portanto, imputação de dano aos mesmos. Nesse sentido, duas alternativas são possíveis, aquela de um *modus vivendi* entre as várias posições e aquela do procedimentalismo. Somente esta última posição pode pretender a longo prazo um consenso razoável sobre a matéria.

⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. On Law and Disagreement. Some Comments on “Interpretative Pluralism”. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, 2003, p. 189.

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. [H. Burigo: Homo sacer: il potere sovrano e la nuda vita I]. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2002.
- ARENDT, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*. San Diego New York London: Harcourt Brace, 1976 [1951].
- ARISTÓTELES. *Política* [edição bilíngüe]. [Trad. A. C. Amaral e C. C. Gome]. Vega, 1998.
- BERLIN, Isaiah. *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1969.
- Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) (Pacto de San José da Costa Rica).
- DUFFEL, Siegfried Van. Natural Rights to Welfare. *European Journal of Philosophy*, v. 19, n. 2, 2011, p. 1-24. [<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-0378.2011.00466.x/pdf>]
- DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- _____. *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*. New York: Vintage Books, 1994.
- GROTIUS, Hugo. *On the Law of War and Peace*. [1625]. (Transl. A. C. Campbell: De jure belii ac pacis). Botoche: Ontario, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2001.
- _____. *Erläuterungen zur Diskursethik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
- _____. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- _____. On Law and Disagreement. Some Comments on "Interpretative Pluralism". *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, 2003.
- _____. The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights. *Metaphilosophy*, v. 41, n. 4, 2010, 464-480.
- HARE, R. M. *Essays on Bioethics*. Oxford: Clarendon Press, 2000.
- HART, Herbert. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.
- HECK, José N. *Thomas Hobbes: passado e futuro*. Goiânia: EdUFG, 2004.
- HOBBS, Thomas. *Leviathan, or Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*. [Edited by C.B. Macpherson]. London: Penguin, 1968. [1. ed., 1651].
- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. [Trad. J. Lamego]. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- _____. *A paz perpétua e outros opúsculos*. (Trad. A. Morão). Lisboa: E. 70, 1988.
- _____. *Crítica da razão prática*. (Trad. Valério Rohden: Kritik der praktischen Vernunft). São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. [Trad. G. A. de Almeida: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten]. São Paulo: Discurso Editorial/Barcarolla, 2009.

_____. *Kant's gesammelte Schrifften/Kant's Werke*. (28 vs.). (Preussischen Akademie der Wissenschaften). Berlin: Reimer, 1911.

_____. *Practical philosophy*. [Transl. Mary Gregor]. [The Cambridge Edition of The Works of Immanuel Kant]. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

_____. *Toward Perpetual Peace and Other Writings on Politics, Peace, and History*. [Transl. David L. Colclasure]. New Haven and London: Yale University Press, 2006.

KERSTING, Wolfgang. *Liberdade e liberalismo*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

LLOYD, Sharon. A. Hobbes's Self-effacing Natural Law Theory. *Pacific Philosophical Quarterly*, v. 82, n. 3-4, 2001, p. 285-308.

LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. [1689]. [Trad. A. Aiex: Epistola de tolerantia]. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MacINTYRE, Alasdair. *After Virtue*. 2. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1984.

_____. *Whose justice? Which rationality?* London: Duckworth, 1988.

MILL, John Stuart. *On Liberty and Other Essays*. [Oxford World's Classics]. Oxford: Oxford University Press, 1991.

RANCIÈRE, Jacques. *O desentendimento*. [A. L. Lopes: La mésentente]. São Paulo: Editora 34, 1996.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. [Revised Edition]. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996.

SCHMITT, Carl. *Politische Theologie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

_____. *El Leviathan en la teoría del estado de Tomas Hobbes*. [Trad. F. J. Conde]. Granada: Comares, 2004.

_____. *Legalidade e legitimidade*. [T. L. C. Romão: Legalität und Legitimität]. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *O conceito do político*. [Trad. Álvaro L. M. Valls: Der Begriff des Politischen]. Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. [M. Herrero: Ubre die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens [1934]]. Marid: Tecnos, 1996.

SINGER, Peter. *Animal Liberation*. 2. ed. New York: Avon, 1990.

STRAUSS, Leo. *Comments on Der Begriff des Politischen*. In: STRAUSS, Leo. *Spinoza's Critique of Religion*. New York: Schocken, 1965.

TUCK, Richard. *Free Riding*. Cambridge, Massachusetts, and London: Harvard University Press, 2008.

TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. (E. Stein: Vorlesungen über Ethik). Petrópolis: Vozes, 1996.

VOLPATO DUTRA, Delamar José. *Direitos: liberdade jurídica e liberdade moral*. In: SILVEIRA, D. C. HOBUSS, João Francisco (Orgs.). *Virtudes, direito e democracia*. Pelotas: Ed. Universitária UFPel, 2010. p. 121-144.

_____. Grotius: pré-história da teoria kantiana da virtude. In: HOBUSS, João (Org.). *Ética das virtudes*. Florianópolis: EDUFSC, 2011. p. 157-169.

_____. Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005.

_____. Seria a eugenia liberal míope? Natureza humana e autocompreensão moral em Habermas. *Ethic@*, Florianópolis, v. 4, n. 3, 2005, p. 327-337. <<http://www.cfh.ufsc.br/ethic@/etesp4.pdf>>.

WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the limits of Philosophy*. London: Fontana, 1993.