

Senso Incomum: Perus, pavões e urubus â?? a relação entre Direito e moral

Spacca

eu vômito epistemológico

Li matéria no jornal *O Globo* (clique [aqui](#) para ler) sobre a farra dos senadores com o ervanário da “viúva” e o material sobre a corrupção envolvendo a compra dos trens em São Paulo.

Já escrevi sobre a relação entre direito e moral. Muito. Em *Verdade e Consenso* essa questão tem capítulo específico. Posso pecar, aqui, pela repetição. Mas a culpa é da pós-modernidade. Ninguém lê de novo o que já foi escrito tempos atrás. E o tempo não espera. Os fatos nos atropelam. E as colunas acabam sendo capas de sentido desses fatos. Se os criticamos, têm um determinado colorido. Se não os criticamos, passam batidos. No fundo, a tarefa da crítica é descobrir um elefante escondido atrás de uma formiga. É tirar o óbvio do anonimato!

De todo modo, lamentavelmente, uma coisa é certa: parece que não adianta falar das mazelas sobre o mal uso da verba pública e os malfeitos (sic) do andar de cima. Os trens de São Paulo, a Siemens, os cartéis, os usos de verba para combustível pelos senadores, a hospedagem em hotéis de luxo apenas comprovam que essa gente nunca ouviu nem entendeu o recado das ruas, fosse ele antigo ou recente. Continuam a fazer as coisas como se estivessemos no baile da Ilha Fiscal. Com a diferença de aqui, ali, comparando com hoje, tratava-se de puro amadorismo. Pegássemos a turma do tal baile e fizéssemos uma confrontação com aquilo que se faz hoje com o ervanário da viúva e teríamos a convicção de que o pessoal do século XIX responderia, hoje, por crime de bagatela no Juizado Especial Criminal. Pagariam cesta básica. Amadores, perto dos profissionais pós-modernos.

Nasci no meio do mato, onde esse não tem fecho. De parteira. Não frequento colunas sociais. Quando vejo nossas classes dirigentes andando de aviões para cima e para baixo, governantes e empresários envolvidos em negociatas e depois serem louvados pela imprensa nas colunas sociais (e não só lá), fico pensando: em que país eu nasci? Com isso se explica quem compra os apartamentos de milhões de reais que gente das “demais classes” jamais vai pisar. Carrões que valem 400 ou 500 mil reais... Quem compra isso em um país de miseráveis? Restaurantes que cobram milhares de reais per capita em uma noite. Brasil(ia) é o país dos empoderados. Tudo (lá) é diferente. E tudo tem fonte única: o dinheiro da Viúva. Do povo. Da rafaalha, gasto a rodo em comissões, negociatas, mais comissões. Fora a dinheirama que gastamos para tentar — sem sucesso — pegar os malfeitores... Esses apartamentos, carrões e barcos são de gente dos quais 90% não resiste a cinco minutos da análise de seu Imposto de Renda (de todo modo, isso não adiantaria muito, porque, se pegos, bastaria pagar o valor, antes ou depois de condenado em processo criminal; o ruim é o sujeito cometer furto em *terrae brasilis*, porque quem furta está lascado!). Para essa gente toda, meu vômito epistemológico. *Argh!* é a minha onomatopéia para isso tudo.

Para que serve o Direito?

Pergunto: pode o Direito, hoje, ser cindido da ética (ou, melhor, da moral)? É ainda possível dizer, como se fazia “antigamente”, que *uma conduta era imoral, mas legal?*[\[1\]](#) Pois bem. Hoje ninguém nega que o

Direito seja um sistema composto por regras e princípios. Nesse contexto, princípios são normas. Afinal, como já disse outras vezes, praticamente todos os livros sobre o tema não negam a tese de que princípios são (sejam) normas (despiciendo dizer que princípios só aplicam a partir de regras e estas se aplicam somente a partir de princípios).

O que ocorre é que, dependendo de como se olha os princípios, estes perdem essa aludida normatividade. Transformam-se em enunciados performativos. Ou mantras. Ou expressões com forte *anemia significativa*. Valem, pois, nada. É dizer, se os pensamos como “valores”, meros postulados ou “mandados de otimização”, sua normatividade se fragiliza muito. E a “fábrica” de “princípios” não para... Não faz muito tempo, o STJ judicializou o amor, com base no princípio da... felicidade.^[2] Nem vou falar do princípio da afetividade, da rotatividade, da ausência eventual do plenário, do deduzido, etc.

Sigo. Com o panprincipiologismo, ocorre uma fragilização daquilo que é ponto central do direito pós-bélico, como diria Mário Losano: o seu elevado grau de autonomia. Repito o que aqui já disse em outras colunas: Direito não é moral. Direito não é sociologia. Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador. Ou seja, ele possui, sim, elementos (fortes) decorrentes de análises sociológicas, morais, etc. Só que estas, depois que o direito está posto — nesta nova perspectiva (paradigma do Estado Democrático de Direito) — não podem vir a corrigi-lo.

Não preciso reprisar o que tanto tenho referido. Registro, apenas, que o Direito não ignora a moral, pois o conteúdo de seus princípios depende dessa informação. Todavia, quando o Direito é aplicado, não podemos olvidar dos princípios, tampouco aceitar que eles sejam qualquer moral. Também já expliquei isso em outros textos e aqui não vou me aprofundar.

Este é o custo que temos de pagar para ter um Direito como o de hoje. Que não é igual ao de antanho. No momento de concretização do direito, as questões de princípio se sobrepõem às questões de política. Assim, o direito também deve “segurar” (conter) a moral (e os moralismos). Isso, por exemplo, pode ser visto de forma mais acentuada nas cláusulas pétreas e no papel da jurisdição constitucional.

Imoral, mas legal? Onde está o elefante?

Leiamos, só para começar (e poderia citar tantos outros), o seguinte dispositivo da Constituição: “O Brasil é uma República que visa a erradicar a pobreza, garantir a justa distribuição de riqueza, diminuir as desigualdades sociais e regionais, promover os ‘valores’ éticos por intermédio dos meios de comunicação (concessão pública), evitar discriminações etc”. Isto não vale nada? Se não vale, por que não o sacamos da Carta? Ah, ele vale? Então, façamos valê-lo. E já!

Com isso, quero deixar assentado que cada texto jurídico-normativo (regra/preceito) não pode se colocar na contramão desse desiderato, digamos assim, virtuoso (convenhamos, bastante virtuoso), propagado pelo texto da Constituição. Nem estou falando, ainda, do famoso princípio da moralidade (e seus congêneres).

Dizendo isso de maneira mais simples: é fácil concluir que não queremos uma República em que a

vigarice seja a regra e que achemos absolutamente normal — e por que não, legal (*sic*) — o aproveitamento das benesses originárias do espaço público, dando razão, assim, àquilo que Raymundo Faoro denunciava de há muito: uma sociedade sustentada nos estamentos e nos privilégios daí decorrentes.

Ou seja, nem tudo que é “legal” é legal (e, tampouco, constitucional). Vejamos alguns episódios, que se enquadram nesse elevado padrão de autonomia que o Direito alcançou. Há algum tempo parlamentares utilizaram suas cotas de passagens aéreas para levar familiares e amigos, a maioria em caras passagens em classe executiva (ou primeira classe), a passeios nos Estados Unidos e na Europa. Agora o jornal *O Globo* mostra a “Farra II, a volta”. Veja-se, ademais, que esse uso de passagens aéreas não se restringe ao Congresso...

Quais foram os argumentos de todos os utentes desses privilégios? “Tudo foi feito de acordo com a legislação (leis, decretos, portarias etc.)”. No caso dos parlamentares, estes esgrimiram o “novo regramento”, feito depois dos escândalos de março de 2009, que “legalizou” (*sic*) as viagens de parentes dos parlamentares com dinheiro público. Para ser fiel ao texto de então: a nova regra invocada dizia que “o benefício pode ser utilizado pelo próprio parlamentar, a mulher ou marido, seus dependentes legais e assessores em situações relacionadas à atividade parlamentar”. Mas nem isso é obedecido...

Inacreditável: as próprias glosas feitas pelo TCU apenas apontaram para os utentes que usufruíram das *benesses* “fora das autorizações legais” (*sic*). Uau: quer dizer que, para ser legal, basta fazer uma “leizinha” ou um “regulamentozinho” qualquer? Está o TCU no século XIX? Se for assim, sugiro um decreto determinando o chicoteamento do senador que utilizar a verba para ir ao futebol... Vale? Podemos mandar licitar a compra dos látégos (sem superfaturamento, é claro)?

Outro argumento: “a conduta feriu a ética, a moral, mas não contrariou o Direito...”! Incrível. Quer dizer que o Direito não tem relação com a ética ou a moral? Isso é o que dá a doutrina não ter construído, até hoje, uma teoria da norma. Ficamos por aí falando em “valores”, que “princípios são valores positivados” e, na hora da aplicação, fazemos uma distinção semântico-estrutural entre regras e princípios... Além disso, fazemos dissertações e teses sobre isso... Depois nos queixamos.

Andante. A questão é saber se as virtudes soberanas previstas na Constituição “suportam” essa “legalidade” (mundo de regras que, se não permitem os *ab-usos*, também não os proíbe..., mandando às favas, com isso, os *princípios* que regem o Direito Administrativo!). Mais ainda, quero saber como a dogmática jurídica — majoritária no campo administrativo-constitucional — lidará com essas dicotomias (contraposições) “regras-princípios”... Já sei a resposta. A pergunta é retórica.

De todo modo, parece que o ponto de estofa do problema reside na seguinte questão: em nome de um conjunto de regras, praticam-se as maiores ilegalidades há décadas, sem que esse cipoal de regulamentos, portarias, subportarias e pareceres interpretativos (*sic*) tenha sido colonizado/invadido pelo mundo prático dos princípios. Gosto quando a máquina pública se debruça sobre uma portaria ou um regulamento qualquer. Em vez de discutir o ato, discute-se a partir dele, como uma espécie de “mito do dado”.

O que quero dizer é que, se já ocorreu um “princípio *turn*” no campo do Direito Administrativo, este

ainda precisa ser aprimorado. A permanência de regras dessa má estirpe faz com que se pense que, de fato, não há qualquer força normativa nos princípios...! Princípios no atacado encantam. Já no varejo... desencantam. Decepcionam. E como decepcionam. O enunciado “O Brasil é uma República” ficou vazio de conteúdo. Anêmico. Afinal, o que é uma República?

O Direito fracassou?

Minha tese: quem sabe, possamos afirmar que, depois desse novo paradigma do Estado Democrático de Direito, a democracia deve ser feita no e partir do Direito. Bingo. Ferrajoli foi um dos primeiros a perceber isso. E que a política não comanda o direito. Nem a moral. Neste ponto, remeto os leitores para a entrevista que dei para a **ConJur** sobre o caso Demóstenes ([*Direito não pode ser corrigido por valores morais*](#)).

Os princípios são deontológicos. Logo, funcionam a partir do código lícito-ilícito. Não são valores, repito. Com isso, podemos responder a pergunta “para que serve o Direito?”. Antes de se dizer que uma conduta fere apenas (?) a “moral” ou a “ética” (como definir isso?), não seria melhor olhar com mais acuidade/profundidade o que diz o conjunto de regras e princípios do sistema jurídico? Não seria melhor fazer uma interpretação constitucional do regramento?

Vamos deixar isso bem claro: se uma regra estabelece determinado privilégio ou benesse (por exemplo, que um parlamentar pode utilizar verbas públicas para viajar com a sua família), essa regra é, antes de tudo, inconstitucional. Se o princípio da moralidade não serve para dar suporte de validade a esse regramento, joguemo-lo fora. Livremo-nos dele, pois. E o princípio republicano? Pode existir uma República no interior da qual os agentes públicos possuem privilégios privados que, em nenhuma dimensão, podem ser tidos como garantias funcionais? Se a resposta for pela negativa da normatividade de tais princípios, é melhor, então, pararmos de fazer dissertações e teses dizendo que princípios são normas...!

Quando se diz “isso não é republicano”, o que se está dizendo é que a conduta é reprovável. Fere o princípio republicano. Também fere a igualdade, porque provavelmente tal conduta representa um privilégio (por exemplo, utilizar avião que outras pessoas — a patuleia — não têm acesso). Logo, deve haver uma regra que proíba tal conduta. Ou, se existir uma regra permitindo a conduta, essa regra será inconstitucional, porque estará ferindo os princípios da moralidade, da igualdade e da República.

No caso de condutas “autorizadas” ou realizadas no-“vácuo”-da-não-proibição, a pergunta que o jurista atento deve fazer é: a) qual é a regra que permite a conduta? b) em segundo lugar, se existe uma regra que proíbe a conduta? Por fim, examinará o conjunto normativo à luz dos princípios. E, bingo! Em minutos, o resultado exsurgirá...! Com certeza, não será necessário invocar a “ponderação de valores”. Podem acreditar.

O gambiarrismo jurídico de *terrae brasilis*

Por tudo isso, quero insistir: se o Direito não serve para resolver esses problemas, pode ser extinto (atenção: isso é uma ironia ou um sarcasmo — em *terrae brasilis*, como disse o finado Millôr, a ironia tem de ser explicada). E, em seu lugar, instalemos uma “ordem moral” (idem, idem ao que está acima entre parênteses — é, pois, um sarcasmo!). Ou uma ordem fundada na ética (ibidem — agora é um hipersarcasmo!).

Conseqüentemente, essa “nova ordem” não necessitará do direito (que, ao que tudo está a indicar, já-não-serve-para-nada). Talvez, assim, em face das constantes transgressões da moral e da ética, venhamos a corrigir as condutas aéticas e imorais através do... direito. Ora, viva! Vejam só. Por incrível que parece, teríamos que chamar o direito de volta...! E, pronto. Com o fracasso de uma ordem moral ou ética, paradoxalmente poderíamos recuperar a autonomia do direito. Trágico. E simples, pois!

Graças à Constituição, o direito não deve servir (mais) apenas para justificar condutas imorais. Graças a ela, os juristas não mais precisa(ria)m dizer frases infames e apedênticas como “o que a autoridade tal fez foi muito feio, mas não feriu o Direito...”! A partir da Constituição, deveríamos poder dizer: a “feitura” da conduta, em alguma medida, já diz respeito aos princípios...!

E que não precisássemos mais dizer apenas que “a atitude de ministro, do secretário ou do governador, ao utilizar um avião de empresa que tem negócios com o Estado, não foi “legal”, mas foi legal (entendam a ironia do “legal”). Que possamos dizer, sobranceiramente: essa atitude é ilegal e, por conseguinte, inconstitucional! Ora, viva (de novo)! Cada coisa no seu lugar, como diria Voltaire, falando do personagem *Pangloss* (e compreendamos as suas desventuras): “reparem que o nariz foi feito para sustentar óculos. Por isso usamos óculos. As pernas foram visivelmente instituídas para vestirem calças; por isso usamos calças. As pedras foram feitas para serem talhadas...”.

E eu complemento: a Constituição foi feita para ser cumprida! Ainda que, como diria o otimista *Pangloss*, “da melhor forma possível”...!

E paremos de fazer gambiarras. Nossa baixa reflexão jurídica produziu um ensino jurídico *standard* (com câmbio manual, sem ar condicionado, sem direção hidráulica, sem bancos de couro e sem *airbag*) e uma operacionalidade em que a doutrina não doutrina e a jurisprudência é produto da estagioariocracia. Pronto. Graças a isso, continuamos a nos achar muito espertos, cindindo, de um lado, direito e moral e, do outro, quando nos interessa, “moralizando o Direito”. E saímos por aí dizendo que “princípios são valores...” (não aguento mais ouvir isso; cá para nós, isso é muito chato). Com isso, o sujeito pode utilizar o dinheiro da cota de passagem para abastecer jatinho particular... E, quiçá, meter a mão no dinheiro da viúva via consórcios (*sic*) de empreiteiras. “Combina-se” tudo antes e, pronto. Será “só imoral...”. Será “feio, mas... Ou seja, nossa relação “direito-moral” é, mesmo, produto de uma gambiarra jurídica, como no conto japonês (que circula por aí) sobre o surgimento do Peru (a ave), invenção que parece ter dado errada, senão vejamos:

Em uma planície, viviam um urubu e um pavão. Certo dia, o Pavão refletiu: — “Sou a ave mais bonito do mundo animal, tenho uma plumagem colorida e exuberante, porém nem voar eu posso, e não mostrar minha beleza. Feliz é o urubu que é livre para voar para onde o vento o levar.”

O urubu, por sua vez, também refletia no alto de uma árvore: — “Que ave infeliz sou eu! A mais feia de todo o reino animal e ainda tenho que voar e ser visto por todos. Quem me dera ser belo e vistoso tal qual aquele pavão.”

Foi quando ambas as aves tiveram uma brilhante ideia e, a partir de um acordo de líderes, onde rolou muita emenda parlamentar, juntaram-se e fizeram um cruzamento (os sistêmicos poderiam chamar a isso de “acoplamento estrutural”) entre eles, gerando um descendente que voasse como o urubu e tivesse a graciosidade do pavão. Bingo. Nasceu o peru, que é feio pra caramba e não voa!

Moral da história: se a coisa tá ruim, não inventa! Gambiarra só dá... bom, os leitores sabem o que quero dizer! Gambiarra é isso que está aí. Gambiarra é... esse ensino jurídico, a prova da Ordem, os livros simplificadores, os “puxadinhos hermenêuticos”, os dribles “da vaca hermenêuticos”, os concursos *quiz show*, a baixa reflexão jurídica, o “novo” Código de Processo Civil que já nasce velho, o “novo” Código de Processo Penal que não consegue superar o problema da “livre apreciação da prova”, o velho Código Penal, a *commonlização* do direito, a ponderação de regras, a ponderação de princípios... Enfim, são os nossos perus que estão por aí: feios e não voam! E ainda fazem muito barulho por nada... Talvez por isso se diga seguidamente: a conduta de fulano foi “feia”, mas “dentro da lei”... Pobre lei!

[1] Não incluo nessa discussão as condutas criminosas *stricto sensu*. Vícios e comportamentos não devem ser punidos através do direito penal, em face da secularização. Assim, tenho defendido – com base na secularização do direito, desde o dia 5 de outubro de 1988, a não recepção da lei das contravenções penais. Portanto, é de outra coisa que aqui estou tratando.

[2] Antes que alguém me faça uma crítica invocando a Constituição americana, remeto o leitor ao meu *Compreender Direito*, RT, 2013, onde explicito essa questão.

Autores: Redação ConJur