

## MORAL DE SITUAÇÃO E DIREITO ALTERNATIVO

*José Nedel(\*)*

1 – *Nova ética*. A Revolução Industrial trouxe consigo graves problemas sociais, já perfeitamente delineados nos fins do século XIX. Não só o Manifesto Comunista (1818) de K. Marx e F. Engels, como também a **Rerum Novarum** (1891), haviam dado conta desta grave realidade. Curiosamente, porém, os novos problemas não tiveram expressiva ressonância nos manuais de Filosofia Moral de uso comum. Mais se impressionaram os moralistas com as críticas dirigidas, especialmente por pensadores protestantes, à rigidez dos princípios morais vigentes, à autoridade como princípio formal da Moral católica, à falta de sensibilidade para os acontecimentos históricos, à exegese tradicional em que predominava o método literal de interpretação<sup>1</sup>.

É neste contexto que surgiu, na década de 1940, a assim chamada Moral ou Ética de Situação, que agitou a Teologia Moral anterior ao Concílio Vaticano II e que, ainda hoje, não raro, é encarada com reservas. É que, em verdade, o movimento representou verdadeira ameaça à validade das normas morais. Em vista disto, em 1952, numa radiomensagem, o Papa Pio XII alertou os fiéis contra “os perigos de uma nova Miral, que ameaça o ensino tradicional da Igreja”<sup>2</sup>. Em 1956, o então Santo Ofício publicou documento intitulado “Sobre Ética de Situação”<sup>3</sup>. Segundo este escrito, a mencionada Ética nega a existência de princípios morais

(\*) Juiz de Direito – RS, aposentado.

- 1 COMISSÃO EPISCOPAL DE DOCTRINA – CED/CNBB. *A Teologia Moral em Meio a Evoluções Históricas*. Paulinas, SP, 1992, pp. 41 e 66-7.
- 2 “Radiomensagem do Santo Padre sobre a Consciência Cristã como Objeto da Educação”. *Revista Eclesiástica Brasileira*. Vozes, Petrópolis, v. 12, fasc. 2, p. 431 e segs., jun. 1952.
- 3 De “Ethica Situations”. *Revista Eclesiástica Brasileira*. Vozes, Petrópolis, v. 16, fasc. 2, pp. 467-8, jun. 1956.

absolutos; acentua demasiadamente a consciência individual como critério de moralidade; exagera a importância dos apelos que Deus dirige a cada um, em cada momento e a cada circunstância histórica. Entre as decorrências desta Moral, estaria a justificação do divórcio, do aborto, da eutanásia<sup>4</sup>.

2 – *Posição extremada*. As severas restrições da Igreja à Ética de Situação, a toda evidência, só valem para a forma extremada do movimento. Este tanto valoriza a situação do agente (suas condições individuais e as circunstâncias) que negligencia as normas gerais decorrentes da natureza humana comum. Destarte, chegam a afirmar seus fautores que, em certas circunstâncias, pode ser lícito e até bom o que é vedado pela lei natural.

Esta tendência extremada origina-se, na Filosofia, do existencialismo, que, em face da importância atribuída à existência humana, negligencia-lhe a essência. Na Teologia, lança raízes em doutrinadores protestantes que pospõem as ordens da natureza aos decretos livres de Deus, mediante os quais pode Ele, a todo momento, decidir a respeito de cada homem. O principal autor católico a defender o situacionismo extremo é Ernst Michel, que teve uma de suas obras (**Ehe – Matrimônio**) lançada no **Index Librorum Prohibitorum**, em 3 de dezembro de 1952<sup>5</sup>.

3 – *Lei natural proibitiva*. Evidentemente, as tese da ala extremista ou radical da Ética de Situação tornam-se contestáveis. De efeito, o que é proibido pela lei natural, o é porque desconveniente à natureza humana comum, à qual ninguém, em nenhuma situação particular, deixa de pertencer. Quem pratica ação vedada pela lei natural, por contrária à natureza humana, norma objetiva próxima da moralidade, não se livra da contrariedade e, pois do mal, invocando circunstância particular, pois em nenhuma circunstância possível deixa de ser homem e, como tal, sujeito à norma universal proibitiva.

Esta regra se impõe, mesmo que a ação seja de acordo com lei natural afirmativa. Assim, v.g., não será ilícito devolver objeto emprestado ou depositado (o que seria conforme a lei natural afirmativa), se este, uma vez de posse da coisa, irá sabidamente violar a lei natural proibitiva, assassinando um desafeto. A razão é intuitiva: a lei proibitiva (negativa), que veda a prática do mal, prevalece sobre a lei natural afirmativa, que ordena a prática de determinado bem.

A Moral de Situação extrema ou radical implica puro relativismo e historicismo: nada admite de permanente (**esse**) e tudo dilui no vir-a-ser

4 CDE/CNBB, op. cit.

5 DE VRIES, José. *Ethica*. (texto mimeografado). Colégio Cristo Rei, S. Leopoldo, RS, 1960, pp. 33-36.

(*fleri*). Em conseqüência, não subsistem princípios válidos para todos os homens e em todos os tempos e lugares.

4 – *Posição moderada*. Todavia, a par dessa tendência radical, subsiste uma outra: a Ética de Situação moderada. Esta, sem negligenciar o *esse*, contempla também o *fleri*. Não sucumbe ao historicismo, embora acolha o princípio da historicidade da existência humana.

Segundo esta vertente da Ética, é preciso levar em conta, nas decisões e juízos morais, não só as normas genéricas derivadas da natureza humana comum (*esse*), mas também a situação em que se encontra o agente (*fleri*). É que o valor moral dos atos concretos é modificado pela situação, que engloba a condição individual do sujeito e as circunstâncias, enumeradas no clássico versículo: *quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando*.<sup>6</sup> É o que está contido na doutrina tradicional.<sup>7</sup>

A moral assim conhecida tem o mérito, entre outros, de pôr a questão dos condicionamentos históricos, tanto da pessoa do agente, quanto da própria formulação das normas, a serem levados em conta na hora da interpretação, integração e aplicação das regras, tanto as puramente morais, quanto as jurídicas.

5 – *Escolástica antiga*. A crítica aos antigos escolásticos, já tornada cediça, é a de que só davam atenção às normas de validade universal; o que não procede. Com efeito, é doutrina comum deles a já referida, segundo a qual o valor ético dos atos humanos não depende só do seu objeto, mas também das circunstâncias,<sup>8</sup> entre as quais a condição individual do agente (o *quis* do versículo). Disso decorre, ainda segundo os antigos escolásticos, que, não sofrendo as pessoas todas o mesmo impacto das paixões, o critério a ser por elas observado, *v.g.*, na temperança e na fortaleza, não pode ser real (*medium rei*), mas racional (*medium rationis*), ou seja não igual para todos.<sup>9</sup>

Por motivo semelhante, sempre se sustentou que nem tudo o que é bom segundo normas gerais (*v.g.*, votos religiosos) é conveniente para todos. A reclusão no Monte Atos, *v.g.*, pode ser meritória para uns, mas perniciososa para outros, ou a maioria das pessoas, incapazes de suportar o rigor da estrita observância dos conselhos evangélicos.

6 – *Força das circunstâncias*. Em verdade, as circunstâncias podem ser tais que o prescrito segundo a lei positiva, já não seja devido em caso

6 Quem, o que, com que meios, por que, como, quando.

7 CATHREIN, Victor. *Philosophia Moralis*. Friburgo-Br. / Barcelona, Herder, 1955, pp. 103-114.

8 AQUINO, Tomás de. *Summa Theologiae*. 1, 2, p. 18, a. 3, 10, 11.

9 *Idem, ibidem*, 1, 2, q. 64, a. 2.

concreto. Isto ocorre: a) se o cumprimento da lei positiva conduz à violação de preceito de lei natural. Assim, a obrigação de votar (decorrente de lei positiva) cessa (moralmente) para o profissional da saúde que não pudesse cumpri-la sem abandonar à sua sorte, com risco de vida, pessoa gravemente enferma, sob seus cuidados (cuidar do enfermo é para ele obrigação decorrente de lei natural); b) se o cumprimento da letra fria da lei vai de encontro à própria finalidade dela (pára, tarde da noite, no semáforo dando luz vermelha, com iminente perigo de ser assaltado); c) se o cumprimento da lei representa ônus demasiado para o agente (impedir alguém, no limite da idade, de prestar concurso público, por não ter conseguido cumprir em tempo uma formalidade – apresentar prova do registro do diploma).

Na primeira das hipótese aventadas, agir contra a lei positiva é devido, posto que a lei natural (que obriga a cuidar do enfermo) prevalece sobre a positiva (que obriga a votar); na segunda, a ação contra a lei positiva é boa, porque a lei positiva tem sua força impositiva da intenção do legislador, que só quer o ato como meio para atingir o fim colimado (a segurança no trânsito); e na terceira, a ação contra a lei positiva é lícita, porquanto o legislador não pretende impor a ninguém ônus extraordinário (extrínseco), mas só o peso ordinário (intrínseco), inerente ao cumprimento da lei, igual para todos. Por outro lado, nem deseja impedir a realização de um bem superior (nomeação de um profissional habilitado), que se perderia com a observância estrita de uma formalidade.

7 – *Equidade*. Nesses casos, a lei positiva não obriga (moralmente), pelo primeiro princípio da equidade ou epiquéia, considerada por Aristóteles como virtude afim da justiça, correção de que a lei necessita, por causa de sua abstratividade, em face da lei.<sup>10</sup> De acordo com Tomás de Aquino, a equidade não é mero princípio de interpretação da lei, mas verdadeira virtude, superior à própria justiça legal.<sup>11</sup> De fato, ela realiza uma justiça superior, que brota da conjugação do ideal (*in fieri*) e da realidade com seus condicionamentos históricos (*esse*), colunas mestras da historicidade da existência humana. A idéia que nela se esconde é a da moderação, válida não só para o juiz, civil ou eclesiástico, na aplicação da lei, mas também para o próprio agente, autorizado a interpretar de modo benigno a lei positiva, sempre que esta, segundo a letra fria, não contempla seu caso particular ou o obriga além de suas forças. A razão é compreensível: a conduta humana, para a qual são dadas as normas, variam de infinitos modos, de sorte que sequer é possível formar-se lei que não seja deficiente em algum caso.<sup>12</sup>

10 ARISTÓTELES, *Ética* 3, 22.

11 AQUINO, Tomás de. *op. cit.*, 2,2, q. 120.

12 *Idem, ibidem*, 2,2, q. 120, a. 1.

É óbvio, a equidade se aplica tanto no campo jurídico quanto no moral. Neste, confunde-se, até certo ponto, com o discernimento do espírito, tão presente na vida dos santos. Pode ser considerada verdadeira sabedoria. No fundo, é manifestação da virtude da prudência a conduzir o agente pelo reto caminho entre o rigorismo e o laxismo. Traduz a intuição profunda de que justamente para salvar um ideal é preciso não perder de vista o real, ou seja, as situações concretas em que se desenrola a conduta humana.

A verdadeira fonte da equidade parece até ser a Sagrada Escritura, que registra a prática dessa virtude. Assim, Davi e seus companheiros, contra prescrição positiva, se alimentaram dos pães da proposição (I Sam 21, 3-7; Mt 12, 3-4). Matatias, por sua vez, convocou os soldados para enfrentar os inimigos, mesmo em dia sábado.<sup>13</sup> Jesus declarou que “o sábado foi feito para o homem, e não o homem para o sábado” (Mc 2,27). Ele, aliás, costumava desautorizar a rigidez rabínica e era misericordioso com os fracos e pecadores, agindo sempre com espírito de moderação.

8 – *Casuística*. Para a avaliação correta das circunstâncias concretas, os antigos cultivaram uma ciência ou arte especial, denominada casuística. Os autores dela enunciavam juízos que, todavia, não tinham a função de servir como fórmulas adequadas para resolver todos os casos particulares; deviam, isto sim, não substituir a decisão pessoal do agente, mas facilitar o trânsito da lei universal para o juízo prático acerca da moralidade dos atos concretos. Este passo, não raro, é difícil. Para dá-lo, nem sempre basta subsumir caso particular sob uma lei universal, mas se requer verdadeiro juízo prudencial. Quem aponta o que há a fazer no caso concreto, consideradas todas as circunstâncias, é a prudência, a **recta ratio agibilium**,<sup>14</sup> rainha das virtudes morais. Destarte emerge a decisão (**dictamen conscientiae**) pela qual a lei é aplicada aos casos particulares.

Em síntese, pelo que foi aqui perfunctoriamente exposto, é fácil concluir que a ética escolástica não pode ser acusada, como pode e deve a ética kantiana, de não considerar as circunstâncias em que se desenvolve a conduta do homem. Ao contrário disso, ela as valoriza a ponto de ver nelas fonte subsidiária de moralidade dos atos humanos.

9 – *Direito alternativo*. Nesta perspectiva de uma ética flexível, modulada entre os extremos do real e do ideal, do **esse** e do **fieri**, do rigorismo e do laxismo, enquadra-se o assim chamado Direito Alternativo, ou uso alternativo do Direito. Responde por esta denominação um movimento iniciado, entre nós, por magistrados gaúchos, adeptos da Teoria

13 Apud CED/CNBB. op. cit., p. 69; I Mac 2,39.

14 ARISTÓTELES, *Ética* 6,5.

Crítica do Direito, que passaram não só a questionar, em suas sentenças, os fundamentos do Direito, o Poder Judiciário e o próprio conceito de Justiça; mas também a ditar decisões **contra legem**, no afã de atingir o justo no caso concreto, com a superação do legalismo estrito.<sup>15</sup> A par ditos hipossuficientes, ao estilo da Filosofia da Liberação (de E. Dussel) e da Teologia da Libertação (de L. Boff).<sup>16</sup>

As premissas desta postura são as de que a lei está sendo usada como instrumento de dominação; de que o Judiciário não é neutro, mas comprometido com o poder dominante; de que a lei não exaure o Direito; e de que há leis injustas cuja aplicação pode ser recusada, em nome de um compromisso superior com a consciência e a sociedade. Em verdade, os arautos do movimento do Direito Alternativo não pretendem uma revolução com o Direito; visam, isto sim, a interpor interpretações jurídicas progressistas, em função da realidade social do tempo presente. Longe estão de propugnarem por uma sociedade sem direito. Todavia, dentro da ordem posta, colimam um novo ideal (ético) de Justiça, menos individualista e mais social, com a reforma das instituições.

A superação da lei injusta, um dos cavalos de batalha do movimento, tem limites: de um lado, caso concreto; de outro, os princípios gerais do Direito. O que, a rigor, se pretende não é tanto um “direito alternativo”, quanto uma “vida alternativa, em que a dignidade da pessoa humana seja o fundamento de todos os direitos e pressupostos de qualquer lei”.<sup>17</sup>

10 – *Jusnaturalismo*. É fácil de ver que este posicionamento no que tem de ortodoxo, reflete jusnaturalismo que se reafirma hodiernamente com cada vez mais desassombro e vigor, após seu relativo eclipsamento operado pelo historicismo e positivismo jurídico, durante largas décadas. Aliás, os próprios alternativistas invocam, não raro, tópicos clássicos da teoria do Direito Natural.<sup>18</sup> De fato, sem admitir lei natural como fundamento e critério do direito, nenhuma lei positiva pode ser havida como injusta. Note-se que, em nome do Direito Natural, sempre foi negada validade à lei injusta pela ética tradicional. Tomás de Aquino considerava

15 Ver Fernando Lima de ARRUDA JR. *Direito Alternativo no Brasil: Alguns Informes e Balanços Preliminares*. In Edmundo Lima de ARRUDA JR. (org.). *Lições de Direito Alternativo 2*. Acadêmica, SP, 1992, pp. 159-177; e Luiz Fernando COELHO. “Do Direito Alternativo”. *Revista de Direito Alternativo*. Acadêmica, SP, 1992, nº 1, pp. 9-18.

16 CARVALHO, Amílton Bueno de. “Jurista Orgânico: uma contribuição”. *Revista Ajuris*. Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, nº 42, pp. 87-106, março 1988. PORTANOVA, Rui. *Motivações Ideológicas da Sentença*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1992.

17 PUGGINA, Márcio Oliveira. “Direito Alternativo”. *Jornal da Ajuris*. Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, nº 33, p. 4, jun/jul. 1992.

18 CARVALHO, Amílton Bueno de. e BAGGIO André. “Jusnaturalismo de Caminhada: Uma Visão Ético-Utópica da Lei”. *Revista Ajuris*. Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, nº 48, pp. 45-53, março 1990.

tal lei mera **corruptio legis**,<sup>19</sup> que não obriga;<sup>20</sup> o que, todavia, não impede que, em certas circunstâncias, possa ou deva ser cumprida, não por ela mesma, porém para evitar danos.<sup>21</sup>

Esta doutrina, constantemente a defendeu a Igreja Católica. Leis civis ou eclesiásticas contrárias ao Direito Natural sempre foram havidas como não-obrigatórias, quer nos tribunais eclesiásticos, quer nos confessionários. Victor Cathrein, retratando a doutrina clássica, escreve: Una ley que notoriamente esté en contradicción con las exigencias de la justicia natural, es nula, no tiene ninguna fuerza obligatoria y es sólo, por tanto, una apariencia de ley".<sup>22</sup>

11 – *Conclusão*. Pelo visto, o assim chamado Direito Alternativo não representa novidade, em teoria do Direito. O novo que nele pode ser identificado consiste, quiçá, em retirá-lo (esse pensamento justifilosófico) dos compêndios de Filosofia e trazê-lo para a vida".<sup>23</sup> Trata-se de nova ênfase dada à solução jusnaturalista ao velho conflito entre lei e justiça, não sem exageros que o tempo, de certo, mormente em sua pendência à esquerda (política), em prejuízo das qualidades institucionais dos órgãos julgadores: o equilíbrio e a imparcialidade.

Parece claro, ao fim desta rápida reflexão (que não pretende ser original nem exaustiva), que a ética tradicional renovada, da qual foram apresentados alguns tópicos significativos, é um manancial inexaurível de soluções, inclusive para os problemas jurídicos prementes de nosso tempo. É suficiente estar e permanecer na Filosofia Perene, do bom senso, salva da louca dispersão doutrinal da modernidade, e enriquecida com as achegas positivas do tempo presente; ou não a ela retornar, como filhos pródigos à casa paterna. Não há outra solução verdadeira e duradoura, inclusive para a justa apreciação de teses na aparência surpreendente do assim chamado Direito Alternativo.

19 AQUINO, Tomás de. *op. cit.* 1, 2, q. 95, a. 2.

20 *Idem, Ibidem*, 2, 2, q. 60, a. 1.

21 *Idem, Ibidem*, 1, 2, q. 96, a. 8.

22 CATHREIN, Victor. *Filosofia del Derecho. El derecho Natural y el Positivo*. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950, p. 252.

23 PUGGINA, Márcio Oliveira. "Direito Alternativo". *Jornal da Ajuris*, loc. cit.