UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

DILEMAS PRÁTICOS:
Uma Analogia entre Dilemas Morais e Jurídicos

TESE DE DOUTORADO

Clodoveo Ghidolin

Santa Maria, RS, Brasil

2015

DILEMAS PRÁTICOS:

Uma Analogia entre Dilemas Morais e Jurídicos

Clodoveo Ghidolin

Tese apresentada ao Curso de doutorado do Programa de Pós-Graduação em Filosofia, área de concentração Filosofia Teórica e Prática, Linha de Pesquisa Ética Normativa e Metaética da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de
Doutor em Filosofia

Orientador: Prof. Dr. Frank Thomas Sautter

Santa Maria, RS, Brasil

2015

Ficha catalográfica elaborada através do Programa de Geração Automática
da Biblioteca Central da UFSM, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Ghidolin, Clodoveo
Dilemas práticos: Uma Analogia entre Dilemas Morais e Jurídicos / Clodoveo Ghidolin.-2015.
167 p.; 30cm

Orientador: Frank Thomas Sautter
Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Maria, Centro de Ciências Sociais e Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, RS, 2015

1. Dilemas morais 2. Dilemas jurídicos 3. Casos trágicos 4. Taxonomia de casos 5. Conflito de deveres I. Sautter, Frank Thomas II. Título.

© 2015
Todos os direitos autorais reservados a Clodoveo Ghidolin. A reprodução de partes ou do todo deste trabalho só poderá ser feita mediante a citação da fonte.
E-mail: cghidolin@gmail.com

Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Programa de Pós-Graduação em Filosofia

A comissão examinadora, abaixo assinada, aprova a
Tese de Doutorado

DILEMAS PRÁTICOS:
Uma Analogia entre Dilemas Morais e Jurídicos

elaborada por

CLODOVEO GHIDOLIN

como requisito parcial para a obtenção do grau de
Doutor em Filosofia

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Frank Thomas Sautter (UFSM)
(Presidente/Orientador)

Prof. Dr. Abel Lassalle Casanave (UFBA)

Prof. Dr. Dra. Cinara Maria Leite Nahra (UFRN)

Prof. Dr. Noeli Dutra Rossatto (UFSM)

Prof. Dr. Ricardo Bins Di Napoli (UFSM)

Santa Maria, 30 de junho de 2015.

À minha filha Manuela e a minha esposa Cynthia.

AGRADECIMENTOS

Nesse momento em que concluo mais uma etapa na trajetória acadêmica tenho o dever de agradecer a todos aqueles que estiveram lado a lado durante esses longos anos de trabalho. Inicio agradecendo meus pais, minha irmã, cunhado e sobrinhas pelo apoio e incentivo. Um agradecimento muito especial a minha esposa Cynthia pela paciência, compreensão e motivação nas horas de crise e irritação inerentes ao compromisso de construir uma tese.

Uma consideração muito especial a um grupo de professores que foram e são fundamentais na minha trajetória acadêmica, que jamais mediram esforços na atividade docente e que se tornaram exemplos de profissionalismo. São eles, Prof. Dr. Abel Lassalle Casanave, Profª. Drª. Carlota María Ibertis, Prof. Dr. Wagner de Campos Sanz, Profª. Drª. Helena Esser dos Reis e Prof. Dr. Jorge Alberto Molina.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Frank Thomas Sautter pelos anos de discussões, desenvolvimento de projetos, grupos de estudos, elaboração de artigos que resultaram na construção dessa tese de doutorado. Além disso, pelas inúmeras horas dedicadas à orientação, pela paciência, aprendizado, compromisso, incentivo, pelo seu exemplo de trabalho, dedicação à docência, a pesquisa e, acima de tudo, pela amizade. Meu muito obrigado.

Agradeço também a todos os colegas da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA, a Coordenação, a Direção e Funcionários pelo incentivo.

Por fim, a todos os professores do curso de Filosofia da UFSM, em especial a aqueles que estiveram diretamente ligados ao curso de Doutorado e contribuíram para a minha formação.

RESUMO

Tese de Doutorado
Pós-Graduação em Filosofia
Universidade Federal de Santa Maria

DILEMAS PRÁTICOS:
Uma Analogia entre Dilemas Morais e Jurídicos

AUTOR: CLODOVEO GHIDOLIN
ORIENTADOR: FRANK THOMAS SAUTTER
Santa Maria, 30 junho de 2015.

O tema central dessa tese de doutorado refere-se à análise comparativa dos dilemas em casos morais e em casos jurídicos com o objetivo de sustentar que dilemas *genuinamente* morais e dilemas *genuinamente* jurídicos não existem. Além disso, aqueles exemplos que frequentemente são utilizados e referidos na literatura ou fazem parte de distintos sistemas de normas, ou são criações mentais que servem para avaliar ou analisar um sistema de normas, ou, ainda, são falsos dilemas (pseudo-dilemas) e, portanto, são perfeitamente solucionáveis. Desse modo, analisamos, no Direito, os argumentos que conduzem à classificação e decisão de casos jurídicos (em fáceis, difíceis e trágicos) e os comparamos aos argumentos relacionados aos dilemas morais. No âmbito jurídico, realizamos um apanhado histórico da influência do principal paradigma relacionado ao tema, a saber, o Positivismo Jurídico; apresentamos os problemas lógicos (coerência e completude) da decisão jurídica, em especial o surgimento das lacunas; abordamos o tema das lacunas a partir da vaguidade dos termos jurídicos e apresentamos a classificação e solução de casos jurídicos a partir de Dworkin, Hart, Atienza e MacCormick. No âmbito da moral, apresentamos um apanhado histórico da visão tradicional de problemas morais, a interdependência entre Moral e Direito, investigamos a existência de dilemas morais do tipo solúvel e insolúvel, expomos o problema da decidibilidade de casos morais e apresentamos uma taxonomia e solução de casos morais em fáceis, difíceis e trágicos (dilemas). Por fim, elaboramos um quadro comparativo com quatro componentes das deliberações moral e jurídica: quanto ao deliberador, ao objeto de deliberação, ao processo de deliberação, e ao resultado da deliberação. Em seguida, descrevemos cada um dos critérios relacionados aos componentes da deliberação a fim de apresentar os pontos de aproximação, as diferenças, e conexões que podem existir entre os mesmos.

Palavras-chave: Dilemas morais. Dilemas jurídicos. Casos trágicos. Taxonomia de casos. Conflito de deveres.

ABSTRACT

Doctoral Thesis
Postgraduate Program in Philosophy
Federal University of Santa Maria

PRACTICAL DILEMMAS:
An Analogy between Moral and Legal Dilemmas

AUTHOR: CLODOVEO GHIDOLIN
ADVISOR: FRANK THOMAS SAUTTER
Santa Maria, june 30, 2015.

The central scope in this doctoral thesis refers to the comparative analysis of dilemmas in moral and legal cases in order to sustain that, *genuinely* moral dilemmas and *genuinely* legal dilemmas do not exist. Moreover, those examples which frequently are used and referred to in literature or are part of distinct systems of rules, or are mental creations which serve to evaluate or analyze a system of rules, or yet are false dilemmas (pseudo dilemmas) and, therefore, are perfectly solvable. Thus, we analyze, in Law, the arguments that lead to the classification and ruling of legal cases (in easy, difficult and tragic) and compared them with the arguments involved in moral dilemmas. We assessed whether these cases are real or just ideal, that is, if moral and legal dilemmas indeed exist. We have performed a historical overview on the influence of the main paradigm related to the theme, namely, Legal Positivism and we have presented logical problems (coherence and completeness) of the legal ruling, especially the emergence of gaps. As we have approached the theme of gaps from the vagueness of legal terms and presented the classification and solution of legal cases from Dworkin, Hart, Atienza and MacCormick. Within moral scope, we present a historical overview of the traditional view of moral problems, the interdependence between Moral and Law, we investigate the existence of moral dilemmas of soluble and insoluble type, we expose the problem of decidability of moral cases and present a taxonomy and solution to moral issues in easy, difficult and tragic (dilemmas). Eventually, we developed a comparative table with the four components of moral and legal decisions: on the deliberator, on the object of deliberation, on the decision-making process, and on the result of the deliberation. Forthwith, we describe each of the criteria related to the deliberation components in order to present points of approximation, the differences and connections that may exist among themselves.

Key words: Moral dilemmas. Legal dilemmas. Tragic choices. Taxonomy of cases. Conflict of duties.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **15**

ARTIGO 1 – TRÊS TESES SOBRE A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL **23**

Introdução 23

Quadro da Relação Direito e Moral 25

Direito e Moral na Concepção Jusnaturalista 26

Direito e Moral na Concepção Positivista 28

Direito e Moral na Concepção Moralista 34

Referências 39

ARTIGO 2 – CLASSIFICAÇÃO EM PRINCÍPIOS E REGRAS NA DELIBERAÇÃO JURÍDICA E MORAL **41**

Introdução 42

Princípios e Regras no Direito 43

Conflitos entre Regras e Conflito entre Princípios 50

Princípios e Regras na Moral 52

Considerações 56

Referências 58

ARTIGO 3 – OS DILEMAS MORAIS COMO CONFLITOS DE DEVERES DISJUNTIVOS **61**

Introdução 61

Tese de Brink sobre Dilemas Morais 63

Taxonomia de Dilemas 67

Sobre a Tese do Erro Moral Inevitável 72

Dilemas Morais como Deveres Disjuntivos 74

Referências 77

ARTIGO 4 – NATUREZA E CLASSIFICAÇÃO DE CASOS JURÍDICOS **79**
Introdução 79
Uma classificação de Casos Jurídicos 81
Os casos fáceis 81
Os casos difíceis 83
Os casos trágicos 91
Referências 96

ARTIGO 5 – DILEMAS JURÍDICOS E MORAIS: COMPARAÇÃO E CONTRASTE **99**
Introdução 99
O Quadro das Deliberações 100
Aproximações e Diferenças na Deliberação Moral e Jurídica 103
O deliberador 103
O objeto de deliberação: o caso moral e jurídico 110
O processo de deliberação 119
O resultado da deliberação 134
Considerações 139
Referências 141

CONSIDERAÇÕES FINAIS DA TESE **145**

REFERÊNCIAS COMPLETAS **155**

ANEXOS **163**

INTRODUÇÃO

> *Porque a la ética no le interesan los lugares comunes y, menos aún, las tautologías, la lógica o las matemáticas, sino las decisiones difíciles: los dilemas. (Cohen, 2012, p. 25).*
>
> *La ética se ocupa de aquellas decisiones que más nos importan, y no hay decisión importante que no plantee un dilema. Dilema significa "dos cuernos". Los cuernos del dilema: dos opciones nada más (es o no es, ser o no ser, verdadero o falso) o, más bien, sólo una, la que permita encontrar un camino entre los cuernos del dilema. (Cohen, 2012, p. 21)*

Iniciamos essa tese de doutorado com as epígrafes acima para destacar que o processo de deliberação constitui um dos temas centrais da ética, em especial, aqui, escolhas que envolvem dilemas, ou seja, situações em que o deliberador deve escolher/decidir[1] entre alternativas distintas disjuntivas e que não podem ser realizadas ao mesmo tempo. Os dilemas comumente suscitam debates tanto na esfera teórica quanto prática em razão da incerteza quanto à melhor alternativa dentre as disponíveis, o receio das consequências derivadas e a impossibilidade de voltar atrás na escolha. Em razão disso, a análise de casos[2] práticos e a construção de exemplos hipotéticos auxiliam o deliberador a analisar as opções disponíveis, escolher os melhores argumentos e, se possível, encontrar a melhor saída para o problema. No pano teórico, eles permitem testar as teorias existentes diante de futuras situações extraordinárias em razão do número infinito de possibilidades frente a um mundo finito de normas.

---

[1] Na seção 3.4 do Artigo 5 faço uma distinção entre o ato de decidir no Direito e o ato de escolher na Moral. A "escolha" moral é distinta da "decisão" jurídica, pois escolher pode representar um ato simples de optar entre alternativas baseadas em razões psicológicas e/ou racionais e que tem implicação direta sobre o deliberador e seu entorno. Já a decisão jurídica é o ato de deliberar que reflete o posicionamento institucional e não dos aspectos subjetivos do deliberador (interesses, gosto, emoções, crenças), embora o posicionamento institucional e aspectos subjetivos possam coincidir ou interferir um com o outro.

[2] Faço uma caracterização de "caso" baseado na tese de Leibniz (Artosi; Pieri; Sartor, 2013, p 72), de forma abstrata, como a ligação entre o antecedente de uma proposição condicional (que descreve a tipicidade do fato moral ou jurídico) e o consequente (que é a solução moral ou jurídica prevista ou aplicada). Essa descrição é usual na Teoria do Direito também para descrever o conceito de norma. Para o nosso propósito, um fato ou caso não é de natureza fácil, difícil ou trágico, mas é o deliberador que, apoiado em um sistema de normas, por excesso ou por falta, por tentar solucionar a partir de distintos sistemas, do tempo necessário para refletir, da sua relação com o caso ou das consequências que sua escolha/decisão poderia produzir, reconhece e qualifica o fato ou o caso em fácil, difícil ou trágico conforme sua percepção. Uma descrição mais detalhada encontra-se no quarto artigo que compõe essa tese.

Diante disso, delimitamos o tema dessa tese de doutorado à análise comparativa dos dilemas em casos morais e casos jurídicos. Nossa motivação está apoiada em cinco fatores. O primeiro deles refere-se a certas dificuldades que diariamente os operadores do Direito se deparam e que se assemelham aos dilemas morais, a saber, situações de conflito envolvendo princípios ou regras no processo de deliberação e, além disso, muitos casos jurídicos envolvem componentes morais.

Em seguida, pela atualidade e importância do tema, pois existem autores clássicos tanto do Direito (Ronald Dworkin, Herbert Hart, Manuel Atienza, Neil MacCormick, Gottfried Leibniz[3], Genaro Carrió, Carlos Alchourrón, Eugênio Bulygin) quanto da Moral (Bernard Williams, William. D. Ross, David Brink) que trabalharam ou trabalham o assunto.

Um terceiro motivo está apoiado numa classificação de casos (em casos fáceis, difíceis e trágicos[4]) a partir da incompletude (existência de lacunas[5]) de um sistema jurídico e que pode ser tratado, de forma análoga, ao sistema moral. Essa dificuldade em solucionar certos casos pode estar apoiada em vários fatores, tais como linguísticos, lógicos ou fáticos. Como consequência, tanto o operador jurídico quanto o agente moral enfrentam certa dificuldade para solucionar casos de natureza difícil e trágica, embora não exista um consenso a repeito da existência desses casos tanto no Direito quanto na Moral.

Uma quarta motivação, influenciada pela leitura, análise e discussão de casos difíceis no Direito, é investigar a correlação (se existe) entre dilemas morais e casos jurídicos, estabelecer uma comparação e averiguar se existem os chamados casos insolúveis tanto no Direito quanto na Moral e, a partir desta discussão, verificar o impacto na própria compreensão do Direito e da Moral. Essa analogia[6] entre Direito e Moral já está presente em trabalhos de Daniel Statman (1990, 1992 e 1996), mas vamos propor uma análise mais

---

[3] Embora o autor tenha escrito obras de filosofia moral, estamos nos referindo especificamente à uma obra jurídica tal como se encontra na coletânea *Leibniz: logico-philosophical puzzles in the law. Philosophical questions and perplexing cases in the law.* (Artosi; Pieri; Sartor. 2013).

[4] Os casos fáceis são aqueles em que a decisão ou a escolha está claramente apoiada e justificada em uma regra ou princípio do sistema normativo. Os casos difíceis surgem quando não encontramos uma resposta por apelo ao conjunto de regras do sistema, ocasionando discussões e dúvidas quanto à melhor solução para o caso; não há consenso quanto à solução correta, pois existe uma dificuldade em se chegar à melhor solução diante dos argumentos opostos das alternativas disponíveis. Já os casos trágicos são aqueles em que não encontramos solução sem que algum valor essencial do ponto de vista jurídico e moral seja sacrificado; são casos que envolvem conflito de princípios, dilemas entre valores não negociáveis e que, ao final, se pretende conquistar um consenso de tipo ideal ou um equilíbrio entre alternativas inegociáveis.

[5] Segundo Bobbio (1999, p. 115) a expressão "completude" significa a propriedade pela qual há normas no sistema jurídico para regular qualquer caso. Se um determinado caso não possui uma norma para solucioná-lo chama-se isso de lacuna, ou seja, o juiz não encontra no ordenamento jurídico uma norma para regular o caso concreto que se apresenta.

[6] Essa analogia refere-se a análise desses dois sistemas de regras com o objetivo de descrever o processo de deliberação de um deles e verificar a possibilidade de aplicação para o outro sistema, ou seja, se um deles pode contribuir na resolução de casos dilemáticos presentes no outro sistema.

detalhada da discussão em torno dos dilemas a fim de identificar semelhanças e diferenças no processo deliberativo.

O quinto fator refere-se à constatação de uma carência de material que trate especificamente sobre o assunto e acreditamos que o resultado deste trabalho servirá de apoio para aqueles que eventualmente tenham interesse em explorar o assunto.

Os casos envolvendo conflitos morais estão presentes em vários segmentos. Inicialmente podemos encontrar na literatura grega - *Ilíada* de Homero (2008) e *Eneida* de Virgílio (2005), - na trilogia *O tempo e o vento* "Um certo capitão Rodrigo" (2013), na obra *A escolha de Sofia* (2010), no exemplo descrito por Sartre em *O existencialismo é um humanismo* (2012), com o caso hipotético do asno de Buridan (Espinosa, 2009), nos debates em torno da bioética, na psicologia com os dilemas de Heinz (1987), em películas como "Mar adentro" (2004) e "Menina de ouro" (2004) e, com Bernard Williams (1965). Os conflitos são caracterizados como aquelas situações que envolvem deveres morais distintos e que não podem ser simultaneamente realizados. Porém, a presença desses casos não implica em contradição em sentido estrito ou uma conjunção de deveres morais, mas uma disjunção de alternativas e caberá ao agente moral escolher a opção baseada em regra ou princípio da moral adotada ou por fatores subjetivos que proporcionem a solução mais adequada ao caso.

Já os dilemas jurídicos tem sua origem numa classificação feita por Atienza (1989, 2002 [1991]), baseada na taxonomia criada por Dworkin (2002 [1977]) em casos fáceis e casos difíceis[7]. Esse assunto tornou-se inevitável nos últimos tempos em razão da necessidade constante de um ordenamento atualizado, dinâmico, capaz de oferecer resposta a todos os problemas e, principalmente, pelo aumento de princípios jurídicos normatizados em sociedades democráticas e o número limitado e estático de regras para solucionar os casos. Dessa maneira, quanto maior o número de princípios protegidos pelo Direito, tanto maior será a chance deles colidirem frente a um caso particular e, consequentemente, criar situações chamadas por alguns deliberadores de dilemas ou casos de difícil solução.

Em geral, os dilemas, sejam jurídicos ou morais, envolvem uma *incompatibilidade*[8] entre regras ou princípios (onde não é possível concretizá-las ao mesmo tempo), da

---

[7] Essa discussão sobre tipos de casos já está presente em Leibniz (Artosi; Pieri; Sartor, 2013, p. 75 ss) onde ele apresenta uma taxonomia de casos jurídicos divididos em "casos duvidosos" e "casos perplexos". Os primeiros são aqueles em que não estamos certos sobre qual das alternativas deve ser escolhida. Já os casos perplexos referem-se a um conflito particular em que ambas alternativas estão fundamentadas por normas, porém trata-se de um conflito entre regas distintas aplicadas a um caso particular. Sua origem pode estar situada na própria norma ou no caso específico.

[8] É preciso destacar que o termo "incompatibilidade" está sendo utilizado em sentido mais fraco, ou seja, para demonstrar que duas ações, deveres ou alternativas, não podem ser realizadas simultaneamente e não para expressar, por exemplo, em sentido lógico, uma contradição do tipo: ($A \wedge \sim A$).

indecidibilidade na aplicação (não há um critério claro e objetivo de preferência[9]) e a *necessidade de decidir ou escolher* por parte do agente (sustentamos a tese de que o dever moral exige escolha em todos os casos do mesmo modo que o sistema jurídico, embora no Direito a decisão seja uma obrigação imposta por regra[10]).

Dessa maneira, nos deparamos com algumas questões referentes aos casos trágicos: Como proceder? Existem dilemas morais insolúveis? Existem casos insolúveis no Direito? Se existirem, quais sistemas de classificação levam em conta esta existência? Qual classificação é útil para comparar os dilemas morais e legais? Essas e outras inquietações pretendemos responder ao longo do trabalho.

Sendo assim, a tese central desse trabalho é que dilemas *genuinamente*[11] morais e jurídicos não existem e aqueles exemplos que frequentemente são utilizados e referidos na literatura ou fazem parte de distintos sistemas de normas, ou são criações mentais que servem para avaliar/analisar um sistema de normas ou ainda são falsos dilemas (pseudo-dilemas[12]) e são perfeitamente solucionáveis.

Para responder as inquietações acima referidas e defender essa tese central elaboramos os seguintes objetivos específicos. 1) No Direito, analisar os argumentos que conduzem à classificação e decisão de casos jurídicos (em fáceis, difíceis e trágicos) e compará-los aos argumentos envolvendo dilemas morais. Avaliar se esses casos são reais ou apenas ideais, ou seja, se dilemas morais e jurídicos realmente existem. Realizar um apanhado histórico e a influência do principal paradigma relacionado ao tema, a saber, o Positivismo Jurídico; apresentar os problemas lógicos (coerência e completude) da decisão jurídica, em especial o surgimento das lacunas; abordar o tema das lacunas a partir da vaguidade dos termos jurídicos e apresentar a classificação e solução de casos jurídicos a partir de Dworkin, Hart, Atienza e MacCormick. 2) No âmbito da moral, apresentar um apanhado histórico da visão tradicional de problemas morais, investigar a existência de dilemas morais do tipo solúvel e insolúvel, expor o problema da decidibilidade de casos morais e apresentar uma classificação e solução

---

[9] O conflito de regras (norma) sobre o mesmo caso e no mesmo ordenamento gera uma inconsistência e é solucionável mediante a adoção de métodos do próprio sistema de normas, a saber, método da cronologia, hierarquia e da especialidade. Segundo Alexy (2007, p. 69) o conflito de regra é solucionado através do uso de regras de cláusula de exceção ou os métodos de hierarquia, cronologia especialidade que determinam a validade de apenas uma em detrimento da outra. Já no caso dos princípios não ocorre conflito em sentido estrito, mas a concorrência entre eles e a solução encontra-se no peso atribuído a cada um em relação ao caso concreto, jamais se discutindo o âmbito de validade dos mesmos.

[10] O exemplo é Art. 126 do Código de Processo Civil obriga decidir todo caso que se apresente e tal decisão deverá estar apoiada no próprio sistema normativo.

[11] Dilemas *genuinamente* morais são aqueles casos que envolvem dois deveres pertencentes exclusivamente a Moral e não podem ser realizados simultaneamente.

[12] A caracterização de "pseudo-dilema" é uma contribuição original da tese e está exposta na taxonomia de dilemas elaborada no terceiro Artigo que compõe essa tese.

de casos morais em fáceis, difíceis e dilemáticos. Comparar os argumentos envolvendo dilemas morais e casos jurídicos; elaborar um quadro comparativo entre casos jurídicos e morais em (fáceis, difíceis e trágicos ou dilemas) e destacar as semelhanças e diferenças.

Como hipóteses de pesquisa sustentamos, primeiramente, que todos os casos (jurídicos e morais) são solúveis, ou seja, sempre haverá uma maneira de solucionar o caso. Os primeiros são solúveis, porque o Direito é um sistema de normas (composto por regras e princípios) disposto em hierarquia[13], ou seja, as regras, que formam a base do sistema, oferecem imediatamente as soluções aos casos, mas se não há uma regras para um caso particular, então o operador deverá buscar a solução nos princípios que norteiam o sistema. Além disso, os casos jurídicos não são simétricos a ponto de impossibilitar o deliberador de oferecer uma resposta. Já as normas morais, em geral não estão estruturadas em hierarquia do mesmo modo que o Direito, embora possamos encontrar sistemas em que as regras morais oferecem respostas imediatas a casos e na falta busca-se em princípios do sistema a solução mais adequada. Da mesma forma, os casos práticos de dilemas morais não são simétricos e sempre é possível encontrar uma resposta. Um exemplo que frequentemente é tratado como simétrico é "A escolha de Sofia" (por estar obrigada a decidir pela vida de um dos filhos) e que ao longo da tese (no Artigo 3) mostraremos que é possível identificar variáveis que desqualificam a simetria e que o mesmo não é um dilema genuinamente moral, mas um "pseudo-dilema". Algumas situações apresentam alto grau de dificuldade para sua solução, o que não implica, em nossa compreensão, na falta de uma resposta ao problema.

Uma segunda hipótese investiga a possibilidade de estabelecer um paralelo de casos jurídicos e casos morais em casos fáceis, casos difíceis e casos dilemáticos (trágicos), ou seja, identificar um possível método que possa ser aplicado tanto no Direito quanto na Moral.

Dessa forma, a presente tese está estruturada no formato de 05 (cinco) artigos científicos, conforme prevê o Manual de Estrutura e Apresentação de Trabalhos MDT (UFSM, 2012, p. 37). Além disso, a delimitação de cada um dos temas dos artigos procurou seguir uma ordem coerente com a tese central. Os primeiros quatro artigos tratam da revisão de literatura sobre a relação e influência do Direito sobre a Moral e da Moral sobre o Direito; uma exposição sobre princípios e regras no Direito em analogia com a Moral, uma taxonomia

[13] No ordenamento jurídico as normas distribuem-se em camadas hierárquicas, que descendem da norma fundamental até as normas individuais prolatadas pelos órgãos aplicadores. As normas superiores dispõem sobre a criação das inferiores, não podendo haver nenhuma que não tenha sido criada de acordo com norma superior do sistema e por autoridade competente. (Barzotto, 2001, p.43). É dessa maneira que Kelsen descreve o sistema jurídico de uma maneira piramidal (uma unidade sistemática) e que no topo dessa estrutura estão os princípios e a chamada norma fundamental, ou seja, aquela que confere validade a todas as demais normas inferiores (ela confere unidade ao sistema normativo). Um exemplo prático para ilustrar o conceito da Norma Fundamental é a Constituição Federal de 1988 que confere validade e unidade a todo sistema jurídico brasileiro.

de casos jurídicos e, por fim, um apanhado histórico dos dilemas morais. Já os artigos terceiro e quinto estão diretamente voltados para a defesa da tese principal e os demais artigos direcionados às teses secundárias conforme descrição que segue.

O primeiro artigo[14] apresenta três teses sobre a relação entre o Direito e a Moral, o processo de deliberação para dilemas pertencentes a esses sistemas de normas e sua interdependência, ou seja, a influência do Direito sobre a Moral e a influência da Moral sobre o Direito. Em seguida, descreve as teorias Jusnaturalista, Positivista e Moralista do Direito que discutem a conexão e separação entre Direito e Moral, mais especificamente os argumentos de Alexy, Bulygin, Dworkin, Hart e Devlin sobre a fundamentação moral do Direito. Em seguida, são expostos os equívocos entre Positivistas e Moralistas que impedem um diálogo produtivo sobre a relação entre Direito e Moral. Além disso, é elaborado um quadro para explicar e distinguir a relação entre Direito e Moral e a fundamentação das normas. Por fim, evidencia que o assunto tem implicação no debate sobre os dilemas morais e jurídicos, embora isso não seja objeto específico de análise no artigo.

O segundo artigo[15] expõe a classificação dos princípios e regras no sistema jurídico, faz uma análise das suas funções, seus prováveis conflitos e os métodos de solução dos mesmos (para conflito de regra aplica-se a regra da cláusula de exceção[16] ou os métodos de hierarquia, cronologia e especialidade que impedem que duas regras incompatíveis no sistema mantenham a validade; o conflito entre princípios do sistema aplica-se à ponderação ou análise do "peso" dos interesses envolvidos, pois nesse caso não há incompatibilidade, mas concorrência de valores). Em seguida, compara esses mesmos conceitos no âmbito da deliberação moral. Por fim, identifica as semelhanças e diferenças entre os sistemas jurídico e moral. Constatam-se que as soluções vinculadas ao sistema jurídico, composto tradicionalmente por regras e princípios, podem ser aplicadas ao sistema moral. As regras cumprem a função de solucionar qualquer caso que se apresente ao sistema, enquanto os princípios fornecem os conteúdos para a criação de regras, representam os valores centrais ou os fins que cada sistema pretende atingir. Quando as regras não dão conta de determinado caso recorre-se aos princípios do sistema para a solução dessa lacuna. Porém, quanto mais se

---

[14] Esse artigo foi submetido à *Revista Barbarói* (ISSN – 1982 – 2022). Revista do Departamento de Ciências Humanas e do Departamento de Psicologia da UNISC. Situação atual: em avaliação. (Anexo A, p. 167)

[15] Esse artigo está publicado na *Revista Scientia Iuris* sob o título: "Classificação em princípios e regras na deliberação jurídica e moral". v. 17, n. 01, jul 2013, p. 179 – 198. (DOI: 10.5433/2178-8189.2013v17n1p179).

[16] A regra da cláusula de exceção, segundo Alexy (2012, p. 92), permite resolver o problema da incompatibilidade sem eliminar uma das regras. Por exemplo, o conflito entre a "proibição de sair da sala de aula antes do sinal do intervalo" e o "dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio". Percebe-se claramente que a primeira regra deve ser respeitada, mas poderá surgir exceções para um caso específico.

apela aos princípios para a solução de casos por insuficiência de regras, tanto maiores serão as chances de conflito entre eles, resultando em dilemas morais ou jurídicos.

O terceiro artigo[17] analisa os dilemas morais a partir de uma perspectiva disjuntiva de deveres morais, ou seja, diante de um caso com alternativas distintas e que não podem ser realizadas simultaneamente deve, o agente moral, escolher aquela que melhor se ajusta e se fundamenta, seja por apelo a critérios formais (regras e princípios) ou por critérios subjetivos. Além disso, expõe a visão tradicional dos dilemas morais e a proposta de uma taxonomia de casos em fáceis, difíceis e trágicos com o objetivo de demonstrar que não há dilemas *genuinamente* morais, mas pseudo-dilemas morais. Discute a ontologia e epistemologia associadas a eles em analogia ao Direito. Trata os deveres conjuntivos e disjuntivos sob outra perspectiva, a saber, sustenta a tese que deveres morais conflitantes e que não podem ser realizados ao mesmo tempo são escolhas disjuntivas entre o "plano dos deveres" e o "plano dos cumprimentos". O primeiro plano representa "o dever moral" (uma metanorma) de todo agente de cumprir com as regras morais a fim de maximizar o cumprimento dos atos morais e que estão em perfeita harmonia internamente no sistema normativo. Já o segundo plano está relacionado a experiência diária do deliberador que pode proporcionar casos de conflito entre o "dever de fazer A", ou "dever de fazer B", ou "dever de fazer C", mas em algumas situações não é possível realizar mais de uma alternativa ao mesmo tempo. A escolha poderá ser feita por inúmeros fatores, tais como racionais (regras ou princípios), subjetivos (emocionais, afinidade, gosto) ou até sem motivos. Em seguida, realiza uma crítica acessória ao tema referente às consequências (positivas ou negativas) resultantes da escolha, especialmente nos casos de dilemas morais. Por fim, discute a noção de "erro" no processo deliberativo de dilemas morais.

O quarto artigo[18] expõe a natureza e classificação dos casos jurídicos iniciada por Dworkin (casos fáceis e difíceis) e ampliada por Atienza com os casos trágicos; a proposta de MacCormick de alterar as expressões "fáceis" e "difíceis" por casos "não problemáticos" e "casos problemáticos"; e os fatores que envolvem o processo de deliberação. Ademais, apresenta uma analogia dos casos jurídicos, especialmente os "dilemas jurídicos", com os casos morais, especialmente os dilemas morais, a fim de oferecer uma classificação dos casos jurídicos e responder à pergunta pela natureza ontológica ou epistemológica dos "dilemas

---

[17] Esse artigo foi submetido à *Revista Cognitio-Estudos* (ISSN – 1809 – 8428). Revista Eletrônica de Filosofia. Situação atual: em avaliação. (Anexo B, p. 168)

[18] Esse artigo foi submetido à *Revista de la Facultad de Derecho* (ISSN – 2301 – 0665) da Universidad de la República - Uruguay. Situação atual: em avaliação. (Anexo C, p. 169)

jurídicos". Finalmente, fornece critérios para decidir casos jurídicos (e casos morais), especialmente os "dilemas jurídicos" (os dilemas morais).

O quinto artigo[19] exibe um quadro comparativo com os componentes das deliberações moral e jurídica, a saber, quanto ao deliberador, ao objeto de deliberação, ao processo de deliberação, e ao resultado da deliberação. Em seguida, descreve cada um dos critérios relacionados a esses componentes das deliberações, a fim de apresentar os pontos de aproximação, as diferenças, e conexões que podem existir entre os mesmos. De posse dessas informações estabelece que o objetivo do sistema jurídico e moral é responder a "todas as demandas" por uma obrigação normativa em relação ao primeiro e por um dever moral quanto ao outro sistema de normas. Todo caso jurídico tem amparo no sistema normativo e toda deliberação moral possibilita uma escolha baseada em normas ou por fatores subjetivos do agente moral. Sustenta que os pseudo-dilemas parecem mais graves na Moral do que no Direito pela proximidade do agente com o caso; que o agente moral tem pouco tempo para refletir sobre a melhor alternativa e a impossibilidade de mudar a escolha, proporcionando uma sensação de estar diante de um dilema genuinamente moral. Também sustenta que dilemas práticos "genuinamente" morais e jurídicos não existem, pois os conflitos entre alternativas fazem parte de distintos sistemas de normas ou a situação prática é que gera um conflito entre regras ou princípios.

Por fim, justifico que a utilização repetida de alguns exemplos ao longo dos artigos foi motivada pela escassez de casos práticos relacionados com o trabalho de tese, especialmente no âmbito da Moral, e a necessidade de buscar situações de conflito em distintos sistemas de normas (Moral, Direito e a Bioética). Também esclareço que essa tese está direcionada para uma análise comparativa entre sistema jurídico e sistema moral em abstrato sem considerar nenhum sistema em particular e não está incluído, nessa discussão, o relativismo moral. Ademais, o modelo de agente deliberador que será referido no trabalho de tese não é de tipo ideal, mas um sujeito que se depara com situações do cotidiano moral e com a prática jurídica.

[19] Esse artigo não foi submetido a nenhuma revista para publicação.

Artigo 1

TRÊS TESES SOBRE A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL
THREE THESES ON THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND MORALITY

Clodoveo Ghidolin[20]

Resumo: O objetivo desse trabalho é descrever as teorias Jusnaturalista, Positivista e Moralista que discutem a conexão e separação entre Direito e Moral, mais especificamente os argumentos de Alexy, Bulygin, Dworkin, Hart e Devlin sobre a fundamentação moral do Direito. Em seguida, exponho os equívocos entre Positivistas e Moralistas que impedem um diálogo produtivo sobre a relação entre Direito e Moral. Ademais, elaboro um quadro para explicar e distinguir a relação entre Direito e Moral e a fundamentação das normas. Por fim, ressalto que o assunto tem implicação no debate sobre os dilemas morais e jurídicos, embora isso não seja objeto de análise nesse trabalho.

Abstract: The aim of this paper is to describe the theories of Natural Law, Positivism and Moralism discussing the connection and separation between Law and Morality, specifically arguments of Alexy Bulygin, Dworkin, Hart, and Devlin on the moral foundations of Law. Then I expose the mistake between Positivists and Moralists preventing a productive dialogue about the relationship between Law and Morality. Moreover, I formulate a framework to explain and distinguish the relationship between Law and Morality and the foundations of rules. Finally, I highlight that the subject matter has implications for the debate about moral and legal dilemmas, although this is not subject of analysis in this work.

Palavras-chave: Positivismo – Moralismo – Moral – Dilemas

Key-words: Positivism – Moralism – Morality - Dilemmas

Introdução

> *"Deve alguma referência à Moral integrar uma adequada definição do Direito ou do sistema legal? Está o Direito sujeito a crítica Moral?". (Hart, 1987, p. 32).*
>
> *"A moral, por um lado, é o fim do direito, e, por outro, exatamente por isso, é fundamento de sua validade obrigatória". (Radbruch, 2004, p. 66).*
>
> *"Uma moral reconhecida é tão imprescindível à existência da sociedade quanto um governo reconhecido; e o afrouxamento de vínculos morais é, frequentemente, o primeiro estágio de desintegração da sociedade". (Devlin, 1968, p. 13, ss).*

Iniciamos esse trabalho com as epígrafes acima para evidenciar que a relação entre Direito e Moral[21] constitui um dos temas clássicos da Filosofia do Direito e da Moral. Durante

---

[20] Doutorando em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM; Professor da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA.

[21] O conceito de Moral utilizado ao longo do trabalho refere-se ao conjunto de regras e princípios que orientam a conduta de determinado indivíduo ou grupo (moral predominante); o comportamento de acordo com esses valores permitirá obter as melhores decisões diante de escolhas morais. Ao mesmo tempo, esses princípios,

muito tempo essa relação foi considerada necessária para a legitimação das normas jurídicas, mais especificamente com a corrente Jusnaturalista, tanto de caráter teológico quanto racional que perdurou até o final do século XVIII. Nesse período a Moral representava a fonte para a criação de normas e só eram consideradas válidas[22] aquelas que estivessem de acordo com valores morais ou direitos naturais.

Em oposição ao Jusnaturalismo, a doutrina Positivista do século XIX sustenta a tese contrária da falta de uma conexão necessária entre validade e justiça por razões metodológicas e em razão do relativismo moral. Com isso, o Direito deixa de ter a pretensão de reproduzir valores de uma determinada sociedade ou grupo (divino, racional ou natural) e passa a estabelecer convenções definidas pela autoridade competente, de característica essencialmente formal. Porém, essa descrição do formalismo jurídico permitiu algumas interpretações equivocadas sobre a separação do Direito e da Moral que serão abordadas ao longo do texto.

Recentemente o tema tomou novos ares com o debate entre teóricos que defendem uma retomada da conexão necessária entre o Direito e a Moral (caso de Alexy, Dworkin, Radbruch, Devlin, entre outros) e autores que mantêm a tese da separação entre esses polos (Kelsen e Bulygin). Tanto Kelsen quanto Bulygin estão interessados na metodologia da ciência jurídica com o propósito de descrever e explicar o fenômeno jurídico, e não realizar uma análise prática do Direito. Já os Moralistas, também identificados como Pós-Positivistas e que representam o movimento crítico ao Positivismo, concentram suas atenções na análise empírica do Direito, direcionam críticas ao excessivo formalismo, desrespeito e a falta de compromisso do Direito com valores morais.

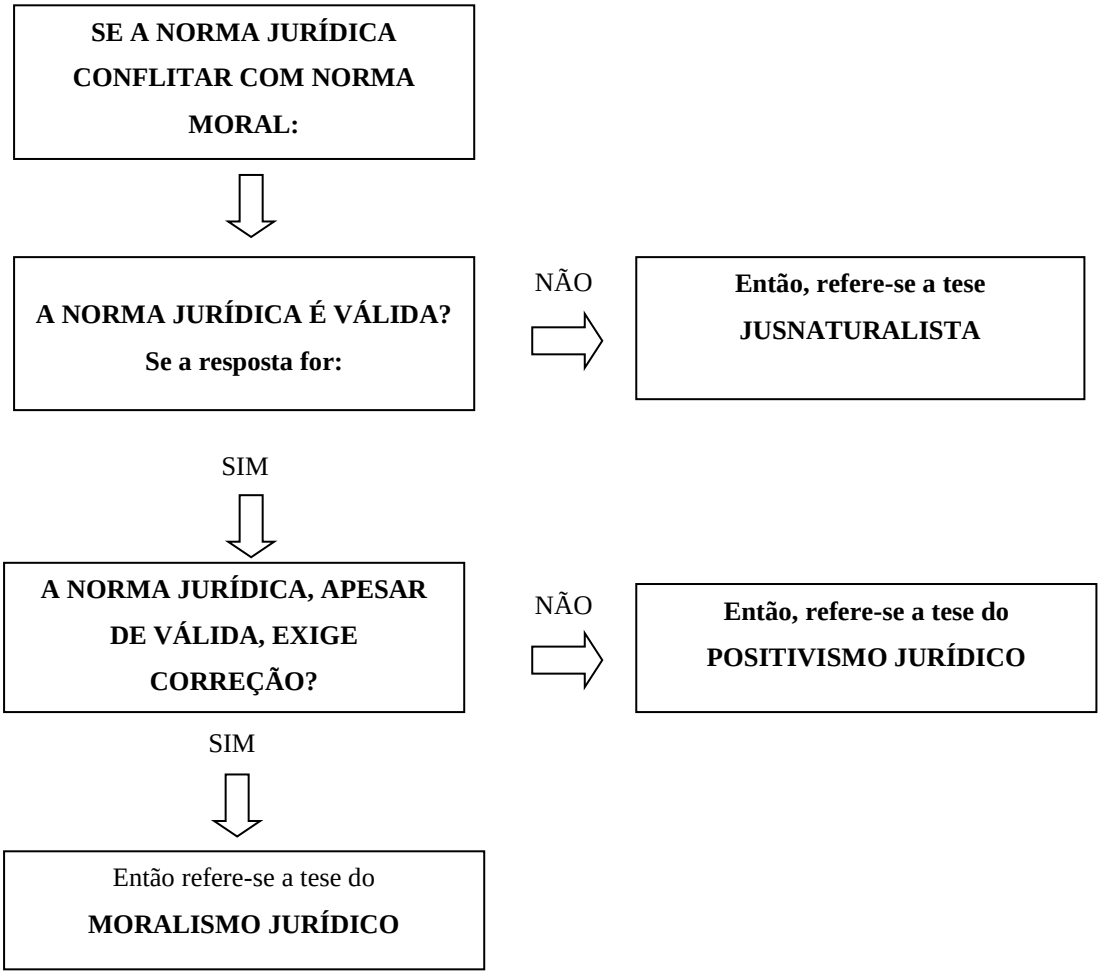
Para visualizar esse debate entre a teoria da conexão e separação entre o Direito e a Moral elaboramos um quadro que nos permite descrever as condições de validade das normas e a implicação da Moral sobre o Direito.

---

valores e regras indicam o que é correto ou incorreto para o agente moral. Permitem ainda qualificar, julgar as ações humanas e, em especial nesse contexto, analisar, avaliar e estabelecer limites para o sistema jurídico (como padrão de correção do Direito), ou seja, a criação normativa obedecerá todos os requisitos formais, porém inspirados em parâmetros valorativos de justiça. Já em casos especiais, e desde que autorizados pelo sistema normativo, a norma pode ser criada a partir da moral ou do costume adotado pela sociedade.

[22] Uma norma fará parte de um ordenamento jurídico somente se for válida. A validade refere-se à existência da norma, ou seja, trata das condições e procedimentos aos quais uma norma deve atender para que ela seja criada. Os defensores da teoria Positivista sustentam os seguintes critérios de validade: 1) a norma deve ser criada por autoridade competente e legitimada por outra norma superior; 2) a norma deve estar de acordo com a Norma fundamental, isto é, aquela que confere validade as demais normas do ordenamento a fim de manter a coerência do sistema; e 3) deverá ter um mínimo de eficácia geral. Já os teóricos Jusnaturalistas propõem que uma norma somente será válida na medida em que for justa, isto é, 1) criada por uma autoridade competente e 2) baseada na moral (no direito natural abstrato, ou seja, de caráter teológico ou racional, oposto ao Direito Positivo - concreto), ou seja, a moral é condição necessária para a existência da norma.

Quadro da Relação Direito e Moral



Cada uma das teorias direcionam seus argumentos para problemas distintos e que podem ser resumidos da seguinte forma. O Jusnaturalista dirige sua atenção para o plano da fundamentação (metafísico/racional) do Direito, ou seja, os valores morais são a condição necessária para a existência de uma norma jurídica - (tese da conexão – fundamentação moral do Direito). Um Positivista, como Kelsen, direciona sua análise para o plano metodológico e analítico do Direito (com o objetivo de fazer ciência jurídica), mas não rejeita a possibilidade da Moral tornar-se, eventualmente, elemento integrante do Direito - (tese da separação – fundamentação exclusivamente formal da Ciência do Direito). Já o Moralismo analisa o Direito a partir do plano empírico exigindo que a Moral predominante se torne condição necessária para a correção do Direito, ou seja, a interpretação e validade do Direito estão sujeitos a alterações na medida em que houver a constatação de injustiças ou desrespeito a valores morais (por exemplo, a dignidade humana ou os valores de humanidade defendidos após o fim da Segunda Guerra Mundial e que resultou na criação da Declaração Universal dos

Direitos Humanos em 1948) - (tese da conexão – a moral como procedimento de correção do Direito).

Assim, o objetivo principal é apresentar a teoria da separação e da conexão e demonstrar que a interpretação equivocada sobre elas impede um diálogo produtivo sobre a presença necessária ou contingente da Moral no Direito. Que as críticas apresentadas de ambos os lados, Positivistas e Moralistas, partem de interesses distintos e seus argumentos tornam-se incomensuráveis; de um lado a perspectiva analítica da Ciência do Direito e de outros a análise prática do Direito. Além disso, o assunto possui uma importância fundamental para o debate sobre os dilemas jurídicos e morais, para o qual nos apoiamos em artigos de Statman. Subsidiariamente verificamos a possibilidade de conflito entre uma norma jurídica e moral, o limite da intervenção moral sobre o Direito e em que medida é legítimo penalizar atos imorais.

Direito e Moral na Concepção Jusnaturalista

Todo sistema jurídico está fundamentado em um paradigma que determina as condições de validade das normas que regulam a conduta humana em sociedade. Nossa primeira doutrina, denominada de Jusnaturalista, caracteriza-se pela conexão necessária entre Direito e Moral, de caráter dualista, ou seja, pressupõe a existência de um direito natural (abstrato) como fonte e um direito positivo derivado, e pela superioridade, hierárquica, do primeiro, a saber, direito natural sobre o segundo. Além disso, é uma doutrina baseada na crença de que o Direito não pode ser descrito e entendido a partir de princípios empíricos, mas por uma interpretação metafísica de princípios e ideais inerentes a natureza racional ou divina do homem e que transcende a experiência sensível (Ross, 1997, p 08).

A tradição do Direito no Ocidente realizava uma distinção entre dois tipos de direito, a saber, a existência de princípios gerais (éticos, racionais) chamados também de leis naturais ou direitos naturais. De outro lado, o Direito Positivo composto pelo conjunto das normas criadas pela autoridade competente, positivas, direcionadas à conduta humana e que garantiam a efetivação dos ideais do Direito Natural. Neste sentido, toda concepção Jusnaturalista até o final do século XVIII estava baseada numa teoria dualista do Direito, isto é, a existência de leis naturais (que forneciam o conteúdo para as normas) e as leis positivas (que concediam a forma para a efetivação desses valores).

Esses valores de justiça (não codificado e de caráter moral) deveriam estar representados pelas normas do Direito Positivo como fundamento de validade, ou seja, uma norma pertenceria ao direito posto se, e somente se, derivava do Direito Natural. Essas leis

naturais não são normas iguais àquelas presentes no sistema normativo de uma sociedade, criadas por atos de vontade humana, arbitrárias e mutáveis, mas são dadas pela natureza de forma imutável, invariáveis, com caráter universal e sua efetivação depende do Direito Positivo oriundo da autoridade competente. Para Bobbio (1995, p. 17) o Direito Natural possui eficácia em qualquer comunidade, prescreve ações independentemente de qualquer juízo de valor particular e sua existência é independente da qualificação desses valores. Já o Direito Positivo possui eficácia apenas na sociedade no qual ele foi criado e, por ter sido criado por autoridade, torna-se válido independente do juízo de valor que o sujeito possa fazer sobre as normas.

Outro aspecto fundamental nessa corrente é a presença da hierarquia que deve existir na dualidade (Direito Natural - Direito Positivo) e respeitada a superioridade do primeiro com relação ao segundo, pois o primeiro é fonte para a criação do segundo. Entretanto, essa hierarquia foi tratada de maneira inversa com os Jusnaturalistas de caráter cosmológico (tradição greco-latina).

A doutrina Jusnaturalista pode ser dividida em duas grandes fases, a saber, a etapa clássica ou medieval e a moderna-iluminista ou racional. A primeira refere-se à concepção teológica (sob a influência do Cristianismo) do Direito Natural em que a natureza é criada por autoridade transcendente (Deus), o qual concede direitos, estabelece regras e valores que devem ser seguidos. Como esse Ente é justo, por consequência, suas regras também são justas. Kelsen (2001, p 105) afirma que o Direito Natural para Santo Agostinho é uma lei eterna de origem divina que está inscrita no coração do homem, que prescreve a conservação da ordem natural e proíbe atos que atentem contra essa harmonia. Esse direito divino é oriundo da natureza, enquanto o Direito Positivo é derivado do costume. Já Tomás de Aquino reforça essa tese sustentando que o mundo é regido pela Providência Divina e que essa regência é a própria lei eterna (Kelsen, 2001, p 105). Assim, a lei natural (ou o Direito Natural - Moral) é válida, imutável e absoluta e essa garantia está apoiada na origem divina das mesmas, mas para isso é necessária a crença no Deus criador e legislador desse Direito Natural.

A segunda fase do Jusnaturalismo, de caráter racionalista-iluminista inicia no período moderno, mais especificamente, a partir do século XVII. Entende o Direito Natural como um conjunto de *dictamina rectae rationis* que fornece o conteúdo para a criação das normas do Direito Positivo e, este último, trata dos meios práticos para efetivação dos valores naturais. Dessa maneira, Direito Positivo nada mais é do que o conteúdo fornecido pelo Direito Natural somado a coação. Logo, o que muda com a presença do direito positivo é a sua positivação e

forma (por coação), mas não o seu conteúdo. Os representantes desse movimento, Grócio, Hobbes, Locke, entre outros, procuram extrair as normas de um direito justo a partir da razão humana por um processo de dedução. Admitem que esses direitos naturais são imanentes à razão humana e que ela é dotada de uma autoridade legisladora e prescritiva da conduta reta e justa que o homem deve seguir. De posse dessa conduta reta (Direito Racional) o legislador deve criar um Direito Positivo que torne possível a efetivação desse bem agir. Os valores que são elevados ao grau de direitos naturais são aqueles defendidos pelo Iluminismo, a saber, liberdade, igualdade, propriedade, vida e limitando o poder do Estado. Nas palavras de Kelsen (2001, p.116), "o justo é natural, porque é racional". Além disso, ele (2001, p. 121) descreve que as normas, segundo Grócio, que constituem esses valores morais, possuem validade independentemente da existência de Deus e que a verdade dessas leis tem caráter objetivo, fogem a qualquer arbitrariedade e são, portanto, "tão indiscutíveis quanto os enunciados da matemática".

O que podemos notar com essa passagem é o deslocamento da Teologia como fundamento do Direito Natural para uma esfera racional e que a conclusão da existência desses valores é obtida por uma simples dedução intelectual (por exemplo: para existir é preciso vida, para mantê-la é preciso propriedade, liberdade, etc.). Em resumo, segundo Ross (1997), existem alguns pontos em comum entre as escolas Jusnaturalistas, tais como: a crença em alguns princípios universalmente válidos que governam o homem em sociedade; que esses princípios são descobertos e não criados pelo homem; os princípios são considerados verdadeiros e que obrigam em consciência; que a verdade desses valores não pode ser comprovada por métodos empíricos (apenas pressupostos) e são inerentes à própria natureza humana.

Assim, encerramos essa exposição da concepção jusnaturalista em que a Moral está obrigatoriamente conectada ao Direito e lhe confere fundamento normativo e não permite incompatibilidade entre norma do Direito e da Moral. A moralidade é condição de validade do Direito e qualquer divergência afetaria a existência da norma jurídica. A seguir passaremos a descrição da teoria positivista que estabelece a separação da Moral e do Direito.

Direito e Moral na Concepção Positivista

A doutrina Positivista que teve origem em 1804 com a Escola da Exegese propunha a tese monista (apenas Direito Positivo criado pelo legislador), da separação do Direito e da Moral e, por consequência, uma rejeição ao modelo Jusnaturalista. A máxima adotada pelos seus defensores pode ser resumida na seguinte passagem: "El derecho es todo creado por el

legislador, y es derecho sólo aquello creado por el legislador" (Tarello, *apud* Dimoulis, 2006, p. 70) e em outra firmação Radbruch (2009, p. 33) descreve que "ley es ley". Essa visão dogmática do Direito faz uma distinção entre a "existência" e o "mérito ou demérito" do Direito. Logo, a norma depende exclusivamente do ato de vontade do legislador.

Para Ross (1997, p. 08) o positivismo representa uma atitude e um enfoque aos problemas da Filosofia do Direito baseado numa perspectiva antimetafísica, isto é, na tese que rejeita a existência do Direito Natural e que expressões de verdade devem ser descobertas objetivamente. Assim, a Moral passa a desempenhar um papel secundário na criação de normas jurídicas ao deixar de ser condição (fonte) necessária e critério de validade.

A existência, segundo Kelsen (2000b), exige o cumprimento de critérios formais do próprio ordenamento, a saber, criada por autoridade competente, estar de acordo com a norma fundamental, coerente com o sistema e ter um mínimo de eficácia geral. Já para Ross (1997, p. 23) o conceito de validade trata do efeito jurídico de um ato; dos procedimentos que concedem existência e força obrigatória da norma. Porém, não há uma exclusão geral da Moral no processo de criação, apenas perde seu caráter de essencialidade presente na corrente anterior.

Já Dworkin (2002, p. 27) apresenta algumas outras características do Positivismo em que o direito de uma sociedade é formado pelo conjunto de regras produzidas por procedimento de reconhecimento da sua validade formal e não pelo seu conteúdo. Essas regras determinam os comportamentos que serão punidos pelo poder público. Se, um caso não estiver claramente subsumido por uma regra, então não haverá aplicação direta, mas uma decisão através do poder discricionário na busca de um padrão que oriente o preenchimento dessa lacuna ou a criação de uma nova regra. Por fim, a "obrigação jurídica" refere-se ao enquadramento do caso em uma norma válida e que exige certa conduta.

Alguns positivistas defendem a tese da separação, pois somente dessa forma proporcionariam a segurança jurídica do sistema. Entende-se por segurança jurídica a criação de normas gerais para atender casos semelhantes e garantir o princípio da igualdade (generalidade); descrição concreta e clara das condutas e das consequências de cada norma (taxatividade); normas devem ser criadas sem efeito retroativo a fim de evitar surpresas (não-retroatividade); procedimentos de fiscalização a fim de impedir transgressões de normas e garantir o respeito ao princípio da legalidade (controle); que as normas sejam duráveis no tempo (estabilidade). O que se busca, com esse requisitos, é impedir a variação e arbitrariedades nas decisões.

Para Dimoulis (2006) o conceito de validade representa o conjunto de normas que procuram regular a conduta humana em sociedade, possuem efeitos sociais num espaço e tempo e tem caráter vinculativo através de um ato de poder legítimo. Isso faz com que o sujeito respeite a determinação mesmo que não concorde com a norma ou que ela esteja em descompasso com outros sistemas de regras, como é o caso da Moral. O cumprimento repousa no reconhecimento da legitimidade da norma, na força coercitiva e no medo das consequências e não pelo acordo com valores morais ou de justiça.

Entretanto, nem todo positivista compartilha dessas características dogmáticas apresentadas. Com o passar do tempo alguns autores foram adotando posições mais moderadas na compreensão do Direito e na relação com valores de justiça. Para demonstrar essas mudanças faremos uso da classificação proposta por Dimoulis (2006, p. 77 ss) e que servirá de apoio para a próxima seção. Segundo o autor é possível dividirmos os positivistas em dois grandes grupos, a saber, aqueles que defendem uma posição dogmática denominada de Positivismo *Stricto Sensu* (que divide-se em Exclusivo e Inclusivo). Por outro lado, aqueles que sustentam uma visão moderada do direito intitulados de Positivistas *Lato Sensu ou Moralismo Jurídico* (que divide-se em Moderado e Radical).

O Moralismo jurídico rejeita o direito natural, mas admite a conexão necessária do Direito com a Moral. “A ideia do Direito não pode ser outra senão a justiça [...]. O Direito é a realidade cujo sentido é servir a justiça [...]. A Moral, por outro lado, é o fim do Direito, e, por outro, exatamente por isso, é fundamento de sua validade obrigatória. (Dimoulis, 2006, p. 87)”. Uma exposição mais detalhada será feita na próxima seção.

Por outro lado, o positivista *stricto sensu* (Dimoulis, 2006, p. 130) defende a tese segundo a qual a validade está baseada exclusivamente em normas postas pelo legislador, reconhecidas num espaço e momento histórico, excluindo quaisquer interferências de ordem moral, política, costumes, religião ou outro sistema que possa influenciar o legislador no exercício de sua competência.

Alguns desses positivistas (com posição mais rigorosa da separação - exclusivos) argumentam que a Moral jamais poderá ser utilizada como critério para a identificação do direito positivo, pois a validade é a consequência da legitimidade da autoridade que a produziu e não porque é justa, ou adequada e a Moral não possui nenhuma relevância na criação de normas. Nas palavras de Waluchow (*apud* Dimoulis, 2006, p. 136) “necessariamente, aquilo que constitui direito válido X em um sistema legal L é determinado por testes que verificam tão-somente a origem ou a fonte de X e ignoram plenamente o conteúdo (moral ou de outra natureza) de X”. Outro autor que defende essa ponto é Joseph

Raz (*apud* Dimoulis, 2006, p.136) o qual admite que a autoridade é a única fonte de Direito e as normas são obedecidas porque os destinatários confiam nessa autoridade ou são intimidados e agem independentemente do juízo de valor que possam realizar sobre a determinação normativa, e com isso, a norma se sobrepõe a interesses ou julgamentos subjetivos do indivíduo.

Por outro lado, existem positivistas (inclusivos) que acolhem a possibilidade da intervenção dos valores morais, ou seja, a moral *"pode"* se tornar, por convenção, um critério para a validade e interpretação de normas jurídicas para uma determinada sociedade. Ressaltamos que essa afirmação não pressupõe a conexão necessária entre Direito e Moral, mas a possibilidade de conexão desses polos em situações pontuais e, assim, se aproxima da tese do Moralismo Jurídico. Autores como Hart sustentam uma forma de positivismo moderado em que a moral pode se tornar elemento para a qualificação da existência da norma, desde que a regra de reconhecimento inclua esses valores morais como critérios para a identificação da validade.

Já Kelsen (2000a), através do seu normativismo, sustenta a tese da separação e a Moral não desempenha nenhuma função no processo de validade e, tampouco, aceita a hipótese de conflito entre normas do Direito e da Moral. Isso significa que não existe incompatibilidade entre diferentes sistemas, pois eles são incomunicáveis do ponto de vista da normatividade. É nesse aspecto que repousa uma interpretação equivocada e que merece esclarecimento. O objetivo de Kelsen analisar, explicar e descrever a Ciência do Direito sem qualquer interesse empírico da atividade prática do Direito. Não há nenhum propósito de ignorar a presença da moral no processo deliberativo do operador ou do cidadão sob a alegação de falta de compromisso com valores. Seu objetivo está voltado para a essência do Direito e dos critérios formais que necessariamente devem ser cumpridos para a validade de norma (plano teórico do Direito).

Kelsen (2000a, p. 67) apresenta as condições para o conhecimento do Direito e somente aquilo que é direito a fim de fazer ciência desse objeto e não uma análise política. Para isso é fundamental distinguir a diferença entre "Ciência do Direito" (interesse do autor) e "direito no âmbito prático". A metodologia da ciência jurídica deve ser acrítica e que vise exclusivamente explicar e descrever o fenômeno jurídico. A tese da separação não nega a presença ou interferência da moral (mesmo considerada por ele como relativa) sobre o Direito, enquanto atividade prática, apenas ressalta que na ausência de uma moral absoluta ela deixa de ter um papel constitutivo (exceto se a mesma fosse absoluta). Assim, (2000a, p. 71) o Direito "pode se moral, mas não tem necessariamente de ser". A Ciência do Direito deve

apenas descrever o que há em comum em todos os sistemas e o resultado são normas válidas que prescrevem condutas e, por vezes, elas podem “corporizar” um valor moral. Por consequência, valores relativos que interferem no Direito não é o mesmo que Direito sem valor, como propõem alguns leitores de Kelsen.

Assim, (Kelsen, 2000a, p. 77) fazer ciência jurídica não é aprovar ou desaprovar o sistema jurídico baseado em um juízo de valor, tampouco é tarefa do cientista identificar-se com algum valor. A moral (por ser considerada relativa em razão da existência de sistemas diferentes e até antagônicos) pode descrever condutas que o Direito não leva em consideração e vice-versa. Já em outras situações determinam até mesmo condutas opostas para o agente e, muitas vezes, elas são tratadas como dilemas.

Kelsen (2000b, p. 531) utiliza um exemplo para discutir esse “pseudo-conflito” entre uma norma que “obriga prestar serviço militar e o dever de matar na guerra” e “o dever (moral) incondicional de não matar”. Nessa situação não há incompatibilidade entre esses deveres porque fazem parte de diferentes sistemas e refere-se ao plano da normatividade onde o jurista tem o papel de explicar e descrever. Ademais, é preciso diferenciar “norma” de “dever”, onde a primeira é objeto da teoria jurídica (sentido normativo primário) e que analisa se as pessoas são obrigadas ou não juridicamente a fazer o que ela determina. Por outro lado, o sujeito pode sentir-se obrigado (psicologicamente afetado) a realizar deveres conflitantes e que conduzem a caminhos opostos (conflito), mas isso não implica que tais deveres sejam normativamente conflitantes (sentido normativo secundário).

A teoria de Kelsen (2000b, p. 534) não está interessada nas crenças que as pessoas possam ter a respeito do dever, mas sim das formas jurídicas da obrigatoriedade. A crença em uma obrigação é subjetiva e tarefa de análise do psicólogo ou sociólogo em identificar aqueles indivíduos que são favoráveis, contrários e aqueles que oscilam entre as duas alternativas. O que existe é uma sensação “psicológica” de estar afetado por duas ordens distintas que impulsionam, na vida ordinária, em direções opostas. Por ser subjetivo e relativo, o sujeito não está normativamente diante de um conflito de deveres. Assim, a validade jurídica é independente da correspondência moral.

Ademais, (2000a, p. 78) a ciência jurídica, de Kelsen, não se propõe legitimar, tampouco justificar o Direito através de uma moral relativa ou absoluta, mas simplesmente conhecer e descrever. Disso resulta um equívoco na leitura do normativismo do autor e na discussão sobre a separação ou conexão do Direito e da Moral. Em alguns casos o debate está situado em perspectivas totalmente distintas, como é o caso de Kelsen e Bulygin e as críticas de Alexy, Radbruch, Dworkin. Os primeiros direcionam seus argumentos para a questão da

“ciência do Direito” e os demais preocupados com a “prática do Direito”, dificultando a troca de argumentos. Logo, não há comparabilidade entre os argumentos pela simples razão de tratarem de perspectivas distintas.

Já Hart (2010, p. 340 ss) faz algumas objeções a tese de Kelsen sobre a inexistência de conflito de deveres, a saber, 1) que ninguém é jurista ou moralista a todo momento e existem aqueles que analisam deveres morais e jurídicos no sentido de normas e identificam conflitos entre elas (2010, p. 345). Porém, Kelsen responderia que há uma passagem inadequada do plano da normatividade para o plano da facticidade, ou seja, ele admite a possibilidade de conflito no plano da facticidade, mas jamais na normatividade. 2) as condições para o conflito é a existência de uma regra jurídica válida que obrigue a pessoa a fazer algo e um princípio moral que impeça de fazer tal ação e, 3) a crença nas obrigações e na impossibilidade de realizá-las ao mesmo tempo. Para Hart (2010, p. 344), “apenas se forem inconsistentes no sentido de que não podem ser simultaneamente realizadas, podemos dizer, com propriedade, que há um conflito”. Segundo ele não basta a crença na obrigação de realizar deveres opostos. 4) um crítico do sistema poderia avaliar duas normas opostas e condenar uma delas por causar um conflito sem que esteja afetado (psicologicamente e normativamente) por elas, ou seja, é possível reconhecer o conflito, entre Direito e Moral, sem que o agente sinta-se afetado psicologicamente pelos deveres como afirma Kelsen. 5) outra crítica de Hart dirigida a Kelsen refere-se ao papel descritivo do sistema que busca “explicar” o Direito e, nesse sentido, a mesma tarefa seria feita pelo moralista. Nenhum deles realmente faria qualquer menção a conflito entre normas, pois o objetivo é apenas apresentar uma exposição.

Assim, os autores divergem quanto a existência de conflito de deveres. Kelsen afirma que eles não podem ocorrer, pois referem-se a sistemas de regras totalmente distintos e independentes e o conflito só é reconhecido no interior de um sistema. Logo, o suposto conflito entre uma norma juridicamente válida e um princípio moral configura uma impossibilidade (descrita pelo autor como uma impossibilidade lógica, porém essa expressão não está bem empregada quando tratamos de sistemas distintos, ou seja, impossibilidade lógica ocorre quando encontramos uma incompatibilidade em um sistema). Já Hart não concorda com a afirmação de Kelsen e sugere a seguinte resposta a análise de “dever ser”. A forma “*A deve ser*” é equivalente a “*existem boas razões jurídicas para se fazer A*” e de “*A não deve ser*” equivalente a “*existem boas razões morais para não se fazer A*” (2010, p. 347). Com isso ele quer confirmar a existência de um conflito de deveres entre o Direito e a Moral, pois ninguém conseguiria cumpri-los simultaneamente, e tais deveres não representam uma impossibilidade.

Entretanto, propomos que o conflito de deveres sugerido por Hart é meramente aparente, pois a expressão "boas razões" é afetada pela textura aberta da linguagem, ou seja, é possível mensurar vantagens, benefícios, prejuízos em cada uma das alternativas e, assim, escolher entre esses pseudo-deveres opostos. Consequentemente, não identificamos um conflito genuíno, mas aparente dilema solúvel.

Assim, encerramos essa seção sobre a doutrina positivista que defende a tese da separação entre o Direito e a Moral e passaremos a análise da corrente, também com características positivistas, chamada de moralista de caráter mais moderada e que admite a Moral como critério de correção do Direito.

Direito e Moral na Concepção Moralista

A abordagem moralista do Direito é oriunda da perspectiva positivista, porém não tão rigorosa como aquela. A tese principal rejeita também a doutrina Jusnaturalista da existência de um Direito Natural, mas defende a conexão necessária da Moral com o Direito. A Moral é considerada o padrão de correção do Direito quando ele não atende valores mínimos. Um dos autores que reforçam esse grupo é Radbruch (2004) o qual afirma que o Direito deve estar conectado com a justiça e servi-la, e que a Moral é o fundamento da validade do Direito. Segundo o autor (2009, p. 33) "con el poder podrá quizás fundarse una obligación, pero jamás un deber y una validez. Estas se fundan mucho más en un valor inherente a la ley; por supuesto, toda ley positiva lleva un valor en sí misma, independientemente de su contenido". Observa-se que o Estado passa a ter um limite dos seus atos e criações jurídicas, a saber, o respeito aos valores morais, a fim de evitar que, baseado na legitimidade e legalidade, sejam criadas normas de decisões contrárias à Moral. Em um dos artigos Radbruch (2009, p. 25) refere-se a esse problema da arbitrariedade legal do Estado e a limitação baseada na Moral.

O moralista sustenta a tese da conexão necessária do Direito com a Moral e caberá tanto ao legislador quanto ao operador corrigir as potenciais distorções do Direito baseando-se nos princípios e valores de uma sociedade. Além disso, a Moral[23] (princípios e valores morais) serve de parâmetro para a própria criação de normas, ou seja, aquelas que se distanciam desses ideais perderiam a validade. Radbruch (2009, p. 34 – 36 e 70) afirma ainda que na hipótese de conflito entre justiça e segurança deve-se proporcionar a aplicação ao

[23] Sistema moral aqui entendido como "sistema de normas de conduta e de sanção que vigora em determinada sociedade e momento. [...]. É a moral dominante que pode também ser designada como moral social, moral convencional ou moral positiva, por ser imposta pela/na sociedade. [...]. O conjunto dos melhores princípios, valores e imperativos sobre conduta humana, após ter realizado pesquisas históricas e apresentado argumentos filosóficos". (Dimoulis, 2006, p.168).

Direito Positivo mesmo que ele seja, até certo grau, injusto e inconveniente. Porém, quando essa distorção entre norma e justiça alcançar um grau insustentável e inadmissível o Direito deverá ser considerado um falso Direito e deixar o espaço para a efetivação da justiça. Nesse caso o Direito perderia sua própria natureza jurídica. O autor vai mais além, afirmando que as normas que negam a realização da justiça nos casos de violação de direitos humanos, por exemplo, não poderão ser consideradas válidas. Os indivíduos não estão obrigados a obedecê-las e os operadores deverão ter a coragem de negar o caráter jurídico dessas normas como é o caso do sistema nacional-socialista; ele não deve ser qualificado como direito válido. Podemos notar que o objetivo dos moralistas é analisar o âmbito prático do direito penal e as violações de direitos humanos, principalmente, durante a segunda grande guerra, configurando um exame empírico e não analítico de conotação kelsiana.

Os Positivistas por outro lado, como Kelsen, não negam essa interferência moral no âmbito empírico do Direito ou na atividade do operador. Evidentemente quando o agente trabalha com casos práticos procura atender os valores da sociedade (moral predominante), pois nenhum funcionário do judiciário ou do legislativo é neutro. O que os Positivistas questionam é a falta de um método para mensurar a influência da Moral sobre o Direito e seu caráter absoluto, já que é possível apenas uma análise retrospectiva sobre os princípios morais que foram determinantes na criação do direito ou na decisão. Quando Kelsen defende que o Direito é independente da Moral ele está se referindo a análise do conhecimento (conceituação) do sistema e não da atividade jurídica (perspectiva empírica do Direito), pois o funcionário sempre está inserido num contexto moral. Além disso, a validade da norma e do sistema como um todo é independente da conformidade com um sistema moral. Uma norma adquire validade pelo simples cumprimento dos critérios formais de criação (ato de vontade) e não de valores intrínsecos. É pelo ato de vontade que adquire validade, embora possa ter sido motivada por algum valor social. Não é possível constatar a conexão necessária da Moral, pois ela é mutável, relativa e dependente de preferências.

O próprio Dimoulis (2006) reforça a afirmação de que os positivistas não negam a influência de valores morais, tampouco os absolutizam, apenas rejeitam a conexão necessária (conceitual), que a moral é o parâmetro de correção do direito e também a ausência total entre esses sistemas. Sempre haverá influência de valores no aspecto prático do Direito, mas não na análise conceitual. O recurso à Moral é permitido e pode ser inclusive obrigatório desde que o Direito autorize ou quando o legislador, por criação normativa, atribua poder discricionário ao operador. Logo, a existência de uma norma depende dos requisitos de pertencimento, a saber,

criação por autoridade competente (ato de vontade humana), estar de acordo com a norma fundamental, em coerência com o sistema e possuir eficácia geral.

Outro representante do Positivismo Jurídico e que adota uma postura moderada a respeito do direito é Hart (2001, p. 209), o qual admite que qualquer sistema jurídico inclui elementos mínimos de moralidade, mas não afirma que isso seja uma condição obrigatória. Além disso, aqueles sistemas que não seguem valores morais não perdem a validade como sustentam autores como Radbruch. A Moral tem uma função importantíssima também para a própria sobrevivência da sociedade, pois ela fornece padrões mínimos de conduta, valores que orientam o convívio e mantém a sociedade coesa, mas isso não implica que tais valores sejam elementos característicos e classificatórios do sistema jurídico.

Hart (1987) em outra passagem analisa o debate entre Direito e Moral partindo de algumas considerações iniciais: 1) se o Direito foi influenciado pela Moral e a Moral pelo Direito; 2) se a Moral deve integrar a definição do Direito; 3) se o Direito está sujeito à Moral e, por fim, 4) se uma conduta imoral de acordo com os padrões comuns é razão suficiente para a sua punição legal. O objetivo dessa discussão é analisar os argumentos que permitem a conexão entre Direito e Moral e, por consequência, punir atos considerados imorais. Novamente percebemos um interesse na prática jurídica. Sua argumentação é dirigida a Patrick Devlin (Hart, 1967, p. 13) o qual sustenta que é tarefa do Direito a supressão da imoralidade tanto quanto os atos subversivos, pois a moralidade é reconhecida como um elemento agregador da sociedade. Logo, a Moral é componente essencial para a existência do Direito (Hart, 1967. p. 08) e sua manutenção depende do respeito a esses valores. Atos contrários dão início ao processo de destruição da sociedade e o afrouxamento dos vínculos morais proporciona sua desintegração (Hart, 1967, p. 14 – 15). Para tanto, é preciso fazer uso, especificamente, do direito penal para impor certos valores, a fim de que a Moral possa ser reconhecida como parte do sistema jurídico, embora o seu respeito e efetivação dependa da imposição normativa.

Já Dworkin (2002, p. 375) reconstrói os argumentos de Devlin a favor da conexão entre Direito e Moral e a necessidade da coerção da imoralidade. A sociedade, segundo Devlin, tem o direito de se proteger, pois sua sobrevivência depende da conformidade com esses valores morais e, se necessário, está autorizada a utilizar a coerção como condição para manutenção da Moral. Porém, esse direito não se estende a todo tipo de atitude imoral, pois é preciso avaliar os impactos da atitude e apenas aqueles que são considerados intoleráveis, repugnantes ou que gerem indignação. Conclui que a sociedade, ao reconhecer um ato como imoral, está autorizada a puni-lo. Porém, Dworkin (2002, p. 381) sustenta que Devlin não

apresenta nenhuma evidência que tal conduta imoral proporcione uma ameaça à sobrevivência da sociedade. Além disso, a sociedade tem o direito de seguir suas próprias diretrizes e que um ato imoral poderia, realmente, alterar completamente o ambiente social. Entretanto, isso não dá o direito à sociedade de impor coação a moral. Uma imoralidade não é condição suficiente para torná-la criminosa, ao menos que ela possa produzir efeitos ou atingir terceiros, como sugere Mill, ou seja, a justificativa para a intervenção jurídica está na violação dos direitos de um terceiro.

Hart (1987) e Dworkin (2002) concordam que o maior problema da tese de Devlin é a falta de evidências, comprovações, justificações ou fundamentações que demonstrem a relação entre práticas imorais e o processo de destruição da sociedade. Não há registros que evidenciem o desvio de valores morais e hostilidade com a sociedade ou que a preservação da dela está baseada na coercitividade da Moral. Os autores não negam que certas atitudes imorais devam ser tipificadas pelo direito penal, mas somente aquelas, parafraseando Mill, "que causam danos aos outros". Ademais, o conceito de "posição moral" de Devlin não representa argumento ou razões para justificar a coerção penal de uma atitude imoral.

Já Alexy (1989) mostra-se favorável à tese da conexão conceitual necessária entre o Direito e a Moral. O primeiro argumento exige que todo sistema normativo tenha procedimento de correção do Direito, denominado de "Pretensão de Correção". Trata-se de um método qualificativo de sistema jurídico (2004, p. 83) e não classificatório. Diante de uma injustiça extrema, esse ataque à moral não atentará contra o caráter jurídico (classificatório) da norma ou a decisão, mas somente que a norma ou a decisão são juridicamente defeituosas (qualificativa). A injustiça ou violação de valor moral implica na falta de qualidade jurídica, mas não anula o caráter classificatório de sistema jurídico. A Moral representa o critério de qualificação do sistema jurídico, ou seja, ela tem a função de corrigir o Direito nas situações que ele deixa de ser correto e justo. Assim, o ordenamento que satisfaz os aspectos morais é classificado como jurídico e aquele que não atende esse critério de correção é defeituoso.

O segundo argumento reforça a necessidade da correção a fim de evitar uma contradição performativa, ou seja, não basta o sistema ter a pretensão de correção (preencher requisitos ideias de justiça), é preciso que o operador exerça essa função de ajustar aquelas situações em que o direito esteja em descompasso com a moralidade. A decisão deve estar de acordo com princípios de justiça, ou seja, "interpretar e analisar o direito sob o olhar vigilante das exigências do direito justo" (*apud*, Dimoulis, 2006, p. 92).

Entretanto, Bulygin (2000) apresenta duas objeções à tese da conexão necessária de Alexy e elas estão dirigidas à Ciência do Direito e não a prática jurídica como quer Alexy. Em relação ao primeiro argumento, Bulygin afirma que o critério classificatório baseado na moral

incorre em erro, pois a Moral não é elemento indispensável para definir sistema jurídico uma vez que eles são relativos. É uma qualidade acidental, pois identificamos um sistema jurídico que não atende aos requisitos morais e mesmo assim é considerado válido e jurídico. Para explicar melhor o autor faz uso de uma analogia com o conceito de "ser mulher" (direito) e "ser bonita" (moral), onde alguém não deixa de ser mulher pelo fato de ser considerada feia. A moralidade não exerce um papel classificatório de sistema jurídico. Pode ser elemento integrante do direito (um acidente), mas não uma essência do que se entende por direito.

Já o segundo argumento procura demonstrar a inexistência de uma contradição performativa, pois segundo Bulygin só existiria contradição entre dois atos e o caso descrito por Alexy demonstra um defeito de ordem política. Além disso, Bulygin exige uma prova da existência de uma moral universal ou predominante na sociedade a fim de garantir sua presença como qualidade inerente ao Direito, pois o que encontramos são pluralidades de valores em cada sociedade. Chegamos ao final desse debate sobre a conexão ou separação do Direito e da Moral com algumas conclusões preliminares que serão destacadas abaixo.

Ao final desse trabalho propomos algumas considerações a respeito dessa relação entre Direito e Moral. Esse debate sempre esteve marcado por fatores ideológicos ou políticos. O Jusnaturalismo teológico foi influenciado pelos ideais do cristianismo, de direitos do homem concedidos por Deus, enquanto o Jusnaturalismo racional esteve focado na defesa dos interesses iluministas (direitos inatos fundamentados na razão humana) do período moderno e serviu de alavanca teórica para as revoluções burguesas do período. Recentemente, no século XX, uma nova versão do Jusnaturalismo tem surgido no cenário jurídico com o objetivo de renovar o debate sobre a presença necessária de valores no Direito em razão das violações de direitos humanos após 1945. Essa nova proposta sustentada por autores como Stammler, Del Veccio e Nino, não pretendem retomar o velho Jusnaturalismo baseado na ideia de direito natural absoluto, mas em valores relativos ao espaço e tempo. A justiça passa a configurar as circunstâncias na qual o direito está inserido.

Já os Positivistas do século XIX estavam interessados na criação de um sistema seguro e isento de incertezas e inseguranças baseado em parâmetros formais, tais como segurança jurídica, coerência, completude e validade formal. Outro aspecto que merece reforço é que autores, como Kelsen, Bulygin entre outros, dedicam-se à análise científica (de conhecimento – explicação e descrição) do Direito e não estão interessados na apreciação da prática jurídica (constatação de aspectos empíricos). Além disso, eles não negam a influência da moral na atividade diária do operador, na crítica do cidadão ou no relato do sociólogo.

Em contrapartida, os moralistas como Radbruch, Alexy, Dworkin entre outros direcionam seus argumentos ao âmbito empírico do Direito e na defesa incondicional da

Moral como parâmetro de correção. Mais especificamente, uma atenção ao direito penal e as violações de direitos fundamentais a partir de sistemas de cunho positivista e que excluíram os valores do Direito. Alguns equívocos a respeito da compreensão do Positivismo são oriundos dessa falta de clareza e distinção entre o âmbito epistemológico e ontológico do Direito, especialmente nessa discussão em torno da conexão ou separação do Direito e da Moral.

A intervenção da Moral na atividade prática do Direito é essencial para estabelecer um parâmetro ideal e de correção, a fim de atualizar o sistema e evitar injustiça. Ademais, ela auxilia na sobrevivência da própria condição humana e do ordenamento, mesmo que esses valores possam variar de acordo com o ramo do Direito e do grupo social. Não negamos a tese da existência de valores morais objetivos presentes na sociedade, tampouco o caráter absoluto de muitos deles, tais como, honestidade, verdade, compromisso, transparência, boa-fé, lealdade. No entanto, isso não nos permite concluir que eles devam fazer parte da definição ou da essência do sistema jurídico ou como condição necessária para a criação de uma norma.

O Direito, do ponto de vista prático, deve estar alicerçado em alguns princípios morais básicos conforme descrito acima. Por outro lado, a validade da norma não depende necessariamente desses valores, mas do cumprimento dos requisitos formais (ato de vontade autorizado, de acordo com norma fundamental, coerente com o sistema e possuir eficácia geral). A moral desempenhará seu papel na motivação para a criação da norma ou como parâmetro para a interpretação de uma delas que esteja em descompasso com a moral social ou na correção daquelas normas que proporcionarem injustiças.

Referências

ALEXY, Robert. On necessary relations between law and morality. *Ratio Juris*, v. 2, n. 2, July, 1989, p. 167 – 183.

_____. On the thesis of a necessary connection between law and morality: Bulygin´s critique. *Ratio Juris*, v. 13, n. 2, june 2000, p. 138 – 147.

_____. *El concepto y la validez del derecho.* Barcelona: Gedisa Editorial, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.* São Paulo: Ícone, 1995.

BULYGIN, Eugenio. *Alexy between positivism and non-positivism.* 1st Conference on Philosophy and Law Neutrality and Theory of Law. Girona, May, 2012, p. 01 – 19

_____. Alexy´s thesis of the necessary connection between law and morality. *Ratio Juris*, v. 13, n. 2, june 2000, p. 133 – 137.

DEVLIN, Patrick. *The enforcement of morals.* London: Oxford University Press, 1968.

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

DWORKIN, Ronald. *Lord Devlin and the enforcement of morals.* Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3611

_____. *Levando os direitos a sério.* São Paulo: Martins Fontes, 2002

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, Herbert L. A. *Ensaios sobre teoria do direito e filosofia.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. *O conceito de direito.* Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. *Direito, liberdade e moralidade.* Porto Alegre: Fabris, 1987.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

_____. *Teoria geral do direito e do estado.* São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

_____. *A justiça e o direito natural.* Tradução João Baptista Machado. Almedina: Coimbra/Portugal, 2001.

RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y derecho.* Bogotá/Colombia: Editorial Temis, 2009.

_____. *Filosofia do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROSS, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos.* México: Fontamara, 1997.

STATMAN, Daniel. *The debate over the so-called reality of moral dilemmas.* Philosophical Papers, vol. XIX, 1990, p. 191 – 211.

_____. A new argument for genuine moral dilemmas? *The journal of value inquiry.* Vol., 1992, p. 565 – 575.

_____. *Hard cases and moral dilemmas.* Law and Philosophy, vol. XV, 1996, p. 117 – 148.

VERNENGO, Roberto J. *Moral y derecho: sus declaraciones lógicas.* Revista Jurídica de Buenos Aires. Abeledo Perrot: Buenos Aires, 1989, vol. I, p. 61 – 82.

_____. *Legalidad y legitimidad: los fundamentos morales del derecho.* Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, n. 77, jul – set, 1992, p. 267 – 284.

Artigo 2

CLASSIFICAÇÃO EM PRINCÍPIOS E REGRAS NA DELIBERAÇÃO JURÍDICA E MORAL

DOI: 10.5433/2178-8189.2013v17n1p179

Classificação em princípios e regras na deliberação jurídica e moral

CLASSIFICATION IN PRINCIPLES AND RULES ON RESOLUTIONS LEGAL AND MORAL

Clodoveo Ghidolin *

Resumo: O objetivo desse trabalho é apresentar a classificação dos princípios e regras no sistema jurídico, analisar suas funções, seus prováveis conflitos e os métodos de solução dos mesmos. Em seguida, comparar esses mesmos conceitos com a deliberação moral. Por fim, identificar as semelhanças e diferenças entre os sistemas jurídico e moral.

Palavras-chave: Princípios; Regras; Moral.

Abstract: The aim of this paper is to present the classification of principles and rules in the legal system, to analyze their functions, their probable conflicts and methods of solution to them. Then, compare these same ideas in moral deliberation. Finally, identify similarities and differences between legal and moral systems.

Keywords: Principles; Rules; Morals.

* Doutorando em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM; Professor da Faculdade de Direito de Santa Maria - FADISMA. E-mail: cghidolin@gmail.com

INTRODUÇÃO

> Teria sido o desenvolvimento do Direito influenciado pela Moral? A resposta a esta pergunta é, obviamente, *sim*, o que não implica, de modo algum, que uma resposta também afirmativa não possa ser dada à pergunta inversa. Foi o desenvolvimento da Moral influenciado pelo Direito? (HART, 1987, p.31).

A epígrafe acima, do Jusfilósofo Herbert Hart, sugere que a relação entre o Direito e a Moral é histórica, mútua e permite inúmeras comparações; algumas teorias sustentam a tese da identidade entre Direito e Moral (sociedades primitivas), outras uma mera conexão (Jusnaturalistas e Pós-Positivistas) e outras, ainda, uma completa separação (Positivistas). Além disso, há os que sustentam que a Moral (predominante) possa exercer influência sobre o Direito bem como o Direito sobre a Moral (predominante) (DIMOULIS, 2003, p.104). Mas o propósito, desse artigo, é analisar apenas princípios e regras do Direito, comparar esses mesmos conceitos presentes na Moral, e identificar semelhanças e diferenças.

Um sistema jurídico pode ser analisado sob várias perspectivas, mas uma em especial representa a base do Direito contemporâneo e a chave para a solução de vários problemas envolvendo a Dogmática Jurídica, a saber, a distinção entre princípios e regras. Essa classificação não é nova, porém nossa atenção inicia com os escritos de Ronald Dworkin, mais especificamente no segundo capítulo da obra "Levando os Direitos a Sério". Dworkin defende uma tese contrária ao positivismo de Hart (Direito como a união de regras primárias e secundárias) por não representar a complexidade das novas estruturas do sistema normativo. O Direito deve ser composto não somente por regras, mas também por princípios que servirão, entre outras funções, para auxiliar o raciocínio jurídico diante de casos difíceis e proporcionar soluções para aqueles em que as regras não dão conta.

Esse mesmo conjunto de pares (princípios e regras) pode ser analisado sob a perspectiva da Moral, não apenas para estabelecer uma simples classificação, mas para demonstrar como os princípios morais estão envolvidos na justificação e estabelecimento das regras morais. Eles são considerados como dispositivos invariáveis que servem para criar novas regras morais, mudar as antigas, oferecer soluções mais adequadas,

funcionando como método para preencher lacunas e resolver eventuais antinomias entre regras. Por fim, pretendemos identificar as semelhanças e diferenças entre o Direito e a Moral.

1 PRINCÍPIOS E REGRAS NO DIREITO

Um ordenamento jurídico é caracterizado como sistema, ordem axiológica ou teleologia de princípios gerais. Um conjunto de normas que deve respeitar três características fundamentais, a saber, unidade, coerência e completude (BOBBIO, 1999). A unidade representa a fonte geradora de todas as regras (através da chamada "Norma Fundamental," descrita por Kelsen, aquela que confere validade a todas as demais normas do sistema) apoiada nos princípios eleitos pelo Estado. Além disso, as regras estão estruturadas em hierarquia e no topo estão os valores. Toda regra de conduta deve ser criada a partir dos princípios desta "pirâmide" jurídica. Já a completude é a exigência de pelo menos uma norma para solucionar cada caso, ou seja, o ordenamento não deve possuir lacunas (espaço jurídico vazio). Por fim, a coerência representa a ausência de antinomia, incompatibilidade entre normas para o mesmo caso. Nesse ponto é preciso distinguir "norma jurídica" de "regras, dispositivos, princípios". Nas palavras de Eros R. Grau:

> [...] norma é a interpretação do texto normativo, ou seja, do dispositivo de lei, da regra ou do princípio. O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. A interpretação é, portanto, a atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas (2006, p.27).

Assim, o Direito deve ser composto tanto por regras, que estabelecem o "dever ser", quanto por princípios que servirão, entre outras funções, para auxiliar o raciocínio jurídico diante de casos de difícil solução. Ainda segundo Dworkin, a diferença entre regras e princípios pode ser entendida da seguinte maneira:

> Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é

> válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão [...]. Mas não é assim que funcionam os princípios no direito. Mesmo aqueles que mais se assemelham as regras não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas [...]. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não tem – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se entrecruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um [...]. As regras não têm essa dimensão (DWORKIN, 2002, p.39-43).

Portanto, as regras formam o direito de uma determinada comunidade a fim de estabelecer o que "deve" ou "não deve" ser feito pelo indivíduo (obrigações, autorizações, permissões ou proibições). Elas são chamadas de densas (DIMOULIS, 2003, p.77), pois são normas de "tudo ou nada" (são respeitadas ou não) e não deixam margem para dúvidas, ou seja, elas são taxativas. Para exemplificar esse caso, Carrió (1998, p.217) utiliza a regra que estabelece a velocidade máxima de uma rodovia em 80 km/h: ou se está dentro do limite ou não se está – *tertium non datur*.

Por outro lado, a caracterização de princípio, exposta acima, não parece ser exaustiva, pois esse conceito pode sofrer também do problema da "textura aberta" da linguagem (STRUCHINER, 2002), isto é, existem outras formas para expressar o significado de princípios. Segundo Carrió são, pelo menos, sete possibilidades:

> [...] I) parte o ingrediente importante de algo, propiedad fundamental, núcleo básico, característica central; II) regla, guía, orientación o indicación generales; III) fuente generadora, causa u origen; IV) finalidad, objetivo, propósito o meta; V) premisa, inalterable punto de partida para el razonamiento, axioma, verdad teórica postulada como evidente, esencia, propiedad definitoria; VI) regla práctica de contenido evidente, verdad ética incuestionable; VII) máxima, aforismo, proverbio, pieza de sabiduría práctica que nos viene del pasado y que trae consigo el valor de la experiencia acumulada y el prestigio de la tradición. (1998, p.209).

Podemos encontrar outras cinco descrições de princípios (ATIENZA; MANERO, 2005, p.25): a) Normas em sentido geral que regulam casos cujas propriedades relevantes são muito gerais; b) Normas presentes no ordenamento e que são vagas; c) Normas programáticas ou diretrizes que obrigam os órgãos competentes a atingir certos fins determinados; d) Normas

que expressam valores superiores do ordenamento jurídico; e) Normas dirigidas aos órgãos aplicadores do direito no processo de decisão.

Ademais, princípio jurídico é uma norma muito geral ou aquela que regula um conteúdo abrangente. Desempenha uma função positiva com relação às decisões judiciais, pois fornece conteúdo para auxiliar na obtenção de uma solução mais adequada, equilibrada, razoável ou ponderada. Ao mesmo tempo, cumpre uma função negativa no sentido de que exclui valores contrapostos e das normas opostas que repousam sobre esses valores. Nas palavras de Celso B. de Mello:

> Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (*apud,* GRAU, 2006, p.148).

As normas programáticas ou diretrizes determinam fins ou buscam a realização de certas metas estabelecidas no próprio ordenamento, a exemplo dos princípios positivados em nossa Constituição Federal. Segundo Atienza e Manero:

> Los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas (2005, p.31).

Além disso, eles expressam valores superiores de um sistema jurídico e que servem de base para a criação das normas de conduta, ou seja, toda regra deve ser criada por autoridade competente, estar coerente com os princípios constitucionais e mantendo a coerência do sistema. As normas dirigidas aos órgãos aplicadores do direito são utilizadas, se necessário, no processo de decisão, como ferramenta de apoio quando o caso é de difícil solução (*hard case*). Um exemplo é a utilização do princípio da razoabilidade quando exige-se uma decisão equilibrada. Os autores Atienza e Manero

afirmam que: "Obviamente, los principios están conectados con la realización de todas las funciones sociales desempeñadas por el derecho; y también con la realización de las funciones internas del derecho, las conectadas con los principios institucionales (2005, p.49)".

É preciso ainda diferenciar os princípios das diretrizes que integram o Direito. As últimas são normas que geram razões para a ação de tipo utilitário, ou seja, a execução de certo fim faz com que exista uma razão a favor daquilo que conduza ao fim. A razão não é excludente, pois podem existir outras razões contrárias e que tenham uma maior força. Porém, as razões que derivam de princípios são de correção e de última instância. Diante de uma razão para fazer uma determinada ação, o deixar de fazer somente estaria justificado mediante outra razão do mesmo tipo apoiada também em outro princípio. Em ambas as ações (operadas por princípios ou diretrizes) exigir-se-á ponderação, ou seja, analisar qual entre dois princípios prevalece em relação ao outro concorrente. Segundo Atienza e Manero:

> Los principios son menos que las reglas. Por un lado, no presentan las ventajas de las reglas, pues no permiten ahorrar tiempo a la hora de decidir un curso de acción. Pues si una regla es aceptada y ella es aplicable al caso que nos ocupa, entonces se evita tener que entrar en un proceso de ponderación de razones en pro y en contra de una determinada decisión; la regla opera, por tanto, como un elemento que reduce la complejidad de los procesos de argumentación. [...]. Son también más que las reglas, y en otros dos sentidos. Por un lado, porque estar enunciados – o poder enunciarse – en términos más generales, entran también en juego en un mayor número de situaciones; esto es, del mismo modo que tienen un mayor poder explicativo que las reglas, tienen también un mayor alcance justificativo (2005, p.45).

A ponderação é necessária exatamente nos casos em que a solução está baseada em princípios e estes encontram-se em conflito, como ocorre na situação envolvendo fetos anencéfalos, entre outros. Conforme podemos perceber na passagem abaixo:

> [...] los principios en sentido estricto no tratan de ordenar la concurrencia de intereses ni de promover unos u otros intereses sociales, sino de evitar que la persecución de cualquiera intereses pueda dañar a dichos valores. El dichos valores se consideran como razones categóricas frente

> a cualesquiera intereses no excluye, obviamente, la posibilidad de conflicto entre ellos. Al menos los ordenamientos jurídicos liberal-democráticos recogen una pluralidad de valores cuya jerarquía interna no siempre se encuentra predeterminada por el ordenamiento mismo. De ahí la posibilidad de que se produzcan conflictos que sólo cabe resolver tras una ponderación de la que resulte cuál es el valor que tiene un mayor peso, dadas todas las circunstancias del caso (2005, p.41).

Assim, os princípios são metas eleitas por um Estado, através de acordos, discussões políticas, negociações, ideais de política, justiça, pacto, contrato, lutas de classes, entre outras motivações, e que se tornam as vigas mestras do edifício jurídico.

Segundo a tese de Atienza e Manero o conceito de "princípio" é usado em inúmeros contextos jurídicos e em diferentes situações concretas, pois eles exercem um papel essencial em todos os setores do Direito, em especial, nas situações em que as regras não oferecem uma solução adequada. Dessa maneira, formam uma "semelhança de família" complexa e unida por laços de parentesco (STRUCHINER, 2002, p.27) e (CARRIÓ, 1998, p.201). Para esclarecer essa afirmação utilizaremos alguns exemplos de Princípios do Ordenamento Jurídico brasileiro para demonstrar a vinculação com os múltiplos significados expostos acima por Carrió e que formam família de conceitos. O Princípio que estabelece a "*erradicação da pobreza, marginalização e redução das desigualdades sociais*" pode ser vinculado nos itens (II e IV); o princípio da "*moralidade pública*" (VI e VII); o princípio da "*dignidade da humana*" (I, III, IV e V).

Podemos ainda encontrar outra forma para descrever a natureza dos princípios a partir das palavras de Daniel Sarmento:

> Os princípios representam as traves-mestras do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo setor do ordenamento em que radicam. Revestem-se de um grau de generalidade e de abstração superior ao das regras. Sendo, por conseqüência, menor a determinabilidade do seu raio de aplicação. Ademais, os princípios possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam (2003, p.42).

Porém, segundo Canaris, os princípios não permitem a subsunção direta como ocorre com as regras jurídicas, ou seja, eles não possuem o que se chama

de "*fattispecie*" (fato típico ou tipicidade, natureza descritiva de fato, individualização da conduta relevante) e não podem ser mecanicamente aplicados pela insuficiência do grau de concretização. Porém, tanto as regras quanto os princípios possuem certo grau de generalidade, mas com natureza distinta. A generalidade de regras é necessária para que a mesma possa incidir no maior número possível de fatos ou atos, ou seja, a regra possui característica geral, abrangente ao seu espaço, mas com limitação.

Em outras palavras, segundo Alchourrón e Bulygin (1971), normas são sentenças hipotéticas ou condicionais compostas por duas partes: o antecedente que estabelece uma descrição de casos genéricos (fato típico, tipicidade) (â), ou seja, compõe-se de enunciado descritivo de casos gerais. A segunda é o consequente da norma, composto por um enunciado prescritivo de sanção (Ô) e operadores deônticos (ì) que determinam as consequências normativas do caso que se submete ao caso genérico (do antecedente). Tais afirmações podem ser ilustradas da seguinte forma: (Se â então ì Ô). Um exemplo retirado do Código Penal é o Art. 138: "*Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime* (parte antecedente), *pena, detenção, de seis (6) meses a dois (2) anos, e multa*" (consequente). O operador deôntico está implícito no consequente, ou seja, o infrator "*deverá*" ser detido pelo prazo descrito na norma, a saber, de seis meses a dois anos e multa. Assim, a função do operador do Direito é subsumir os casos individuais à regra geral, a fim de oferecer uma solução normativa. Mas essa tarefa nem sempre é tão simples e operacional como parece, pois nem todo caso é simples.

Em geral afirmamos que as normas jurídicas sempre são condicionais e que todas aquelas que parecem incondicionais (obrigatórias e proibidas) podem ser convertidas em hipotéticas. Porém, diante da descrição do fato típico e escolha do cidadão, ele estará assumindo as consequências de sua tomada de decisão. Exemplo: a cor vermelha de uma sinaleira prescreve ao condutor que pare diante do semáforo; se o mesmo decidir avançar está, potencialmente, sujeito a uma sanção pelo ato infracional. O condutor terá duas opções: parar ou avançar o sinal. Para Atienza e Manero (2005, p.31), "[...] las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos".

Assim, regras são determinações (obrigações, proibições, autorizações) do tipo "tudo ou nada", ou seja, estabelecem claramente o

que deve, o que pode ou não pode ser realizado. Nesta perspectiva entendemos que são procedimentos (ordens) que serão cumpridas na sua integralidade ou descumpridas. Se a regra é válida (criada por autoridade e coerente com os princípios constitucionais) então temos o dever de obedecê-la, pois ela é detentora de legitimidade. Porém, o cidadão terá a capacidade de escolha diante dessa norma (segui-la ou não segui-la), mas assumirá os efeitos (físicos, psicológicos ou financeiros) da sua decisão. Elas diferem dos princípios, uma vez que esses são cumpridos em graus, pois são diretrizes ou normas programáticas que deverão ser realizadas de alguma forma e caberá ao poder público definir os meios para a efetivação, como é o caso da erradicação da pobreza, educação, saúde, entre outros. Já o exemplo de regra (tudo ou nada) pode ser a caracterização da maioridade penal no direito brasileiro a partir dos dezoito anos de idade. Os autores Atienza e Manero salientam ainda que:

> La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. El tipo de ingerminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas (aunque, desde luego, entre uno y otro tipo de indeterminación puede haber casos de penumbra) (2005, p.30 e 31).

Parece-nos que os princípios, por serem porosos (DIMOULIS, 2003, p.77) ou dotados de "textura aberta" (STRUCHINER, 2002) e dependerem de outras regras para sua concretização, podem ser realizados apenas parcialmente, pois mesmo que o Estado se esforce para alcançar a efetivação integral de todos eles é possível que num determinado caso ocorra a concorrência entre princípios e, ao final, um deles terá a prevalência sobre o outro. Logo, ao menos um dos princípios não será totalmente satisfeito.

Assim, encerramos a distinção entre esses dois conceitos jurídicos, mas faremos essa mesma comparação com os princípios e regras na moralidade. A seguir trataremos dos conflitos (incompatibilidades) no Direito e as medidas que são adotadas.

2 CONFLITO ENTRE REGRAS E CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS

Em síntese, todo caso jurídico deve ser solucionado se possível, primeiramente, por uma regra válida e só depois recorre-se aos princípios; identificada uma incompatibilidade entre regras (em sentido estrito, ou seja, impossibilidade de cumprimento de duas normas com diretrizes opostas valendo para o mesmo caso) é preciso utilizar regra de exceção ou método para superação das antinomias; a incompatibilidade entre regras remete ao problema de validade ou de pertença ao Direito (Alexy, 2007, p.85) e a solução perpassa pela derrotabilidade de uma delas; as medidas tomadas nesse âmbito só têm aplicabilidade sobre as regras. Entretanto, se as regras são insuficientes ou incapazes de resolver um caso, então recorre-se aos princípios jurídicos; se o caso concreto possibilitar a aplicação de mais de um princípio com solução distinta, então haverá conflito (incompatibilidade em sentido amplo ou fraco, pois os princípios são válidos independentemente dessa colisão); é necessária uma análise a partir da ponderação, pois entre eles existe uma concorrência e não podemos falar em derrotabilidade de princípio; esse procedimento de ponderação é medida adotada exclusivamente para colisão de princípio e não está acessível às regras. A seguir faremos uma descrição detalhada dessa situação.

Princípios, ao contrário das regras, e por causa de sua generalidade, aplicam-se a uma infinidade de tipos de casos. A escolha dentre eles está associada ao "peso e importância" que cada princípio tem com respeito àquele caso. "Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se entrecruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um [...]", Dworkin 2002, p.43). Para resolver situação conflitante entre princípios é necessário adotar um procedimento de "ponderação" (ALEXY, 2007, p.70 ss) entre eles (cabe ressaltar que não é método de solução normativo, mas uma medida adotada pelo magistrado nesse tipo de circunstância) e não uma escolha e aplicação de um dos princípios sobre o outro. Isso porque segundo Letízia Gianformaggio (*apud*, SARMENTO, 2003, p.47), "os princípios jamais são incompatíveis entre si: são sempre concorrentes". O conceito de incompatibilidade, nesse contexto, possui duplo significado: num sentido forte e fraco. A incompatibilidade do primeiro tipo está relacionada com o âmbito da validade das regras e ambas não podem

valer ao mesmo tempo no sistema, ou seja, no caso de uma regra prevalecer sobre outra essa sempre prevalecerá sobre essa outra. Já o conflito existente entre princípios é num sentido mais fraco, pois todos eles são válidos no sistema. Dito de outra forma, eles não *"são"* incompatíveis entre si (em sentido forte), mas podem *"estar"* em conflito em um caso concreto e, em seguida, perfeitamente compatíveis novamente, ou seja, um deles pode prevalecer num caso específico e não em outro. A solução para esse tipo de situação é adotar a ponderação que é descrita por Alexy como "relação de precedência condicionada".

> La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación de precedencia condicionada*. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las *condiciones* en las cuales un principio precede al otro. En otras condiciones, la pregunta acerca de cuál de los principios debe preceder, puede ser solucionada inversamente (2007, p.73).

Assim, a impossibilidade de realizar os princípios no caso concreto e as consequentes soluções distintas não geram uma inconsistência no ordenamento jurídico, pois o que existe é apenas uma oposição entre eles e o caso em questão (problema fático) solucionável por um procedimento de ponderação, mas princípios por si só não são incompatíveis no sistema jurídico (não há um problema interno). Vejamos o exemplo descrito por Sarmento:

> O direito previsto pelo Art. 5°, IV, da Constituição, que, conquanto expresso em termos absolutos – *é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato* –, tem caráter de princípio, podendo ter a sua aplicação no caso concreto afastada após a ponderação com outros interesses constitucionais, como é o caso da admissão da proibição de manifestações de apologia ao crime, em razão da proteção da segurança pública (2003, p.48).

Ao contrário, o conflito de regras sobre o mesmo caso e no mesmo ordenamento gera uma inconsistência e é solucionável mediante a adoção de métodos do próprio conjunto de regras, a saber, cronologia, hierarquia e especialidade a fim de optar por uma delas e desconsiderar a outra. Segundo Alexy (2007, p.69) o conflito de regra é solucionado através do uso de regras

de cláusula de exceção que determinam a validade de apenas uma em detrimento da outra ou pelo uso dos métodos da hierarquia, cronologia ou especialidade. Já no caso dos princípios a saída encontra-se no peso atribuído a cada um em relação ao caso concreto e jamais se discutirá o âmbito de validade dos mesmos. Nas palavras de Sarmento: "Inexiste hierarquia entre princípios constitucionais explícitos e implícitos. Estes podem concorrer com aqueles em casos concretos, impondo-se, nesta hipótese, o empreendimento de uma ponderação de interesses para a resolução satisfatória da controvérsia (2003, p.54)".

3 PRINCÍPIOS E REGRAS NA MORAL

Passemos à análise e classificação de regras e princípios no âmbito da moral apoiados num artigo de Marcus Singer intitulado "*Moral rules and principles*" e comparar com o sistema jurídico descrito acima. Nesse artigo o autor apresenta uma distinção entre esses conceitos e procura demonstrar como os princípios estão envolvidos na justificação e no estabelecimento das regras morais. Os princípios morais são considerados como regras invariáveis que servem para criar novas regras morais, mudar as antigas, oferecer soluções mais adequadas, método para preencher lacunas e resolver eventuais conflitos entre regras (antinomias). Essa caracterização aproxima-se ao âmbito jurídico em inúmeros pontos, que serão identificados ao longo do texto. Segundo William Whewell: "Who speaks of moral principles as the fundamental maxims or rules, the basis of other rules, and says that in order [...] to establish and apply moral rules, we must state the moral principles which are the foundation of such rules (*apud*, SINGER, 1958, p.160)".

Mas toda discussão apresentada por Singer a respeito da classificação moral de princípios e regras em analogia ao sistema jurídico está apoiada na tese de Roscoe Pound. Para esse autor:

> As regras ou leis, isto é, provisões definitivas e detalhadas para definitivos e detalhados estados de fato, são a base fundamental dos princípios de direito. Na maturidade do direito, aquelas são principalmente empregadas em situações onde não há uma excepcional necessidade de certeza, a fim de se manter a ordem econômica. Com o advento da escrita legal e da teoria jurídica, na transição da lei escrita para a equidade e o direito natural, um

> segundo elemento se desenvolveu e tornou-se um fator de controle na administração da justiça. Em lugar de regras detalhadas, determinando exatamente o que acontecerá em face de uma situação de fato precisamente detalhada, passa confiar-se em premissas gerais para o raciocínio dedutivo, judicial e jurídico. Esses princípios legais, como lhes chamamos, são utilizados para fornecer novas leis, interpretar antigas, medir o âmbito e aplicação de regras e normas e reconciliá-las quando conflitam ou se sobrepõem (1965, p.62).

Princípios não estabelecem as condições de "certo e errado", do que "deve ou não deve ser", não contêm "fato típico" e atribuições exclusivas das regras morais (SINGER, 1958 p.164). Todo princípio possui, pelo menos, uma regra que permite sua realização. Além disso, eles não permitem exceções, são invariantes e não entram em conflito entre si (SINGER, 1958, p.192), como ocorre em certas ocasiões no Direito. Entretanto, poderiam concorrer para uma solução mais adequada e distinta em um caso concreto e, nesse sentido, sugerimos a adoção da "ponderação" dentre eles, ou seja, análise do "peso" dos princípios que estão em concorrência (tese de Alexy) e relativamente ao fato. Dependendo da circunstância um deles se mostrará mais adequado que o outro (terá peso maior), mas em outra oportunidade poderá ocorrer uma inversão.

Nas palavras de Singer (1958, p.170): "A little reflection suffices to show that it is impossible for any of these principles to conflict, though they are all closely related, and this is a further important difference between moral rules and principles". O autor não descarta a hipótese da aplicação de dois princípios para um caso concreto com soluções distintas, mesmo assim eles não estão em conflito (contradição), mas em concorrência. Em outras palavras, os princípios estão em perfeita harmonia quando descolados da realidade, mas podem concorrer em determinados casos por oferecer soluções distintas. Além disso, se eles fossem realmente incompatíveis (sentido estrito) estaríamos diante de uma crise do sistema, o que exigiria a eliminação de um deles. A validade é condição inerente ao princípio e eles não são incompatíveis. Dessa maneira, se surgir incompatibilidade (em sentido forte) é resultado do conflito entre princípios de sistemas morais distintos e não no interior da própria teoria moral.

Logo, a fórmula da ponderação utilizada no direito para resolver os embates entre princípios poderia, por analogia, ser aplicada ao âmbito moral.

Assim, quanto maior o grau de não satisfação ou afetação de um dos princípios maior será a importância da satisfação do outro. Para Alexy (2007) esse grau é dividido em três níveis, a saber, leve, médio ou intenso. Consideremos o exemplo envolvendo a necessidade de transfusão sanguínea de uma criança em conflito com a liberdade religiosa dos pais. O grau de afetação da vida e da saúde da criança é considerado de nível intenso em razão do risco de vida, enquanto a liberdade de culto dos pais terá um grau médio ou leve. Logo, esse procedimento permite avaliar e obter uma reposta ponderada a partir da análise do caso concreto.

Por outro lado, a escolha pode ser guiada por uma análise de prevalência de valores, ou seja, certos princípios podem ter peso abstrato maior em relação ao outro no caso concreto. Segundo Jopeh Raz (2004) a vida, por exemplo, é pressuposto para garantir os demais direitos, pois sem ela é impossível a concretização de outras garantias fundamentais. Novamente a ponderação permite identificar a primazia de um sobre os outros. Marcus Singer apresenta alguns exemplos de princípios morais. São eles:

> Let us now consider some examples of moral principles: a) Generalization argument; b) Generalization principle; c) Principle of consequences (if the consequences of A's doing x would be undesirable, then A ought not to do x); d) It is always wrong to cause unnecessary suffering; e) Principle of justification (Any violation of a moral rule must be justified (1958, p.162 e 170).

Vamos esclarecer a diferença entre os dois primeiros princípios citados por ele, a saber, "argumento de generalização" e "princípio de generalização". O primeiro é mais básico e não exige conhecimento prévio acerca do direito de fazer ou não fazer, pois com ele é possível calcular quando não se é detentor de um direito. Se a consequência de todos agirem de certo modo for desastrosa, então ninguém tem o direito de agir daquela maneira. O princípio de generalização propõe que aquilo que é direito para uma pessoa também é para qualquer pessoa similar em circunstâncias similares. Ou, aquilo que não é de direito para uma pessoa também não é de direito para qualquer pessoa similar em circunstâncias similares. Esse princípio exige que se tenha um conhecimento prévio de alguém que seja detentor de um direito ou de alguém que não seja detentor de certo direito.

Passamos, nesse momento, a análise das regras morais. Elas são divididas em: a) regras morais fundamentais (contra a mentira, matar ou furtar); b) regras neutras (como as regras de trânsito); c) regras locais (costumes e tradições peculiares a determinados grupos ou comunidades – por exemplo, pagar taxas) (SINGER, 1958, p.176). Nossa análise se restringe apenas às primeiras.

Para o autor (1958, p.193): "There is nothing that can correctly be said to be right or wrong; it is only a question of what is called right or wrong, and by what group it is so called". Além disso, as regras que estabelecem o que é certo e errado permitem exceções, pois dependendo da circunstância ela pode ser derrotada por entrar em conflito ou por existir uma justificativa para não segui-la. Por exemplo, na maioria dos sistemas morais o ato de mentir ou trair confiança é reprovado, porém pode existir situação em que isso represente uma questão de sobrevivência.

Essa tese de Singer se aproxima da crítica de Richard Hare ao formalismo kantiano da universalidade irrestrita dos deveres morais, isto é, da sua incondicionalidade, sem exceção. Para Hare os deveres morais possuem uma validade incondicional e universal apenas de maneira *prima facie*, ou seja, devem ser seguidos na maioria das vezes, mas em circunstâncias muito específicas podem dar lugar a outro dever moral *prima facie*. Essa exceção deve estar justificada (com razões) por uma escolha não arbitrária. O princípio tradicionalmente aceito de "não matar", por exemplo, é válido *prima facie* na maioria das vezes, mas pode deixar de valer para o caso de aborto de fetos anencéfalos.

Assim, para Singer, as regras morais não possuem caráter absoluto (como é o caso dos princípios, SINGER, p.192) do que deve ou não ser feito e não existe o certo ou errado enquanto essência, mas aquilo que qualificamos como certo ou errado. Além disso, elas variam de sociedade para sociedade e permitem exceções em determinados casos. Nessa perspectiva, trata-se de um critério de avaliação oriundo do paradigma em que o sujeito está inserido (formado pela cultura, costume, religião, moral geral). Logo, um ato não é, em si, moral ou imoral, mas uma qualidade que atribuímos.

Outra diferença entre regra jurídica e moral refere-se ao significado de obrigação, ou seja, para o direito afirmar que uma ação é correta e errada significa que ela deve ou não ser realizada (ordem prescritiva,

determinação). Já a regra moral, segundo ele, depende da crença do agente, tem caráter de orientação e exige respeitabilidade geral e não uma obrigatoriedade em sentido forte. Vejamos:

> Now a moral rule can prohibit, require, or permit a certain kind of action. If a certain kind of action is prohibited by a rule, then actions of that kind are generally wrong; if it is required, then it is generally wrong not do an act of that kind; and, if it is permitted, then actions of that kind are generally not wrong (SINGER, 1958, p.164)

Ademais, as ações morais são geralmente certas ou erradas, isto é, contrariar uma regra necessariamente exigirá razões que justifiquem tal atitude. Argumenta ainda (1958, p. 165) que ações morais sempre certas ou erradas são aquelas em que tais qualificativos ocorrem em todas as circunstâncias, condições e sociedades (o que parece difícil acontecer). Em outras palavras, o qualificativo vai depender da justificativa para a realização ou não do ato. Tomamos um exemplo usual: mentir é errado. É preciso justificar o porquê essa ação é reprovada pelo sistema moral; expor os motivos pelos quais o grupo considera inadequado. As vezes não é suficiente afirmar que as razões estão apoiadas na reprovação da maioria. É preciso buscar razões através do argumento da generalização (princípio moral) como "meio" (o argumento da generalização é usado como procedimento, pois é mais fácil, automático e prático na solução do problema) (SINGER, 1958, p.192). Isso significa que se alguém tem o direito de mentir, então todos tem o mesmo direito: "se alguém pode todos podem" (1958, p.186).

Em síntese, (SINGER, 1958, p.169 e 192), a distinção entre princípios e regras morais está em que os primeiros não são derrotáveis e não permitem exceções, enquanto as regras morais são derrotáveis (em confronto umas com as outras) e permitem exceções (quando houver justificativa para não segui-las).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegamos ao final do trabalho antecipando algumas afirmações que não foram diretamente exploradas, mas que são resultado da análise sobre o tema e serão tratadas em outra oportunidade. Nessa tarefa de comparação

do direito com a moral identificamos alguns pontos de contato e algumas diferenças.

As Aproximações: 1. O sistema, moral ou jurídico, formado apenas por regras de conduta não dá conta da complexidade da deliberação atual; 2. Ambos os sistemas são formados por princípios e regras; 3. Os princípios têm a função de preencher espaços vazios, base para a modificação, criação e alteração de regras; 4. Não há hierarquia entre princípios; 5. Jamais estão em conflito ou em contradição em sentido forte (não são incompatíveis entre si), mas podem concorrer em determinados casos concretos; 6. Caso isso ocorra no direito utiliza-se a ponderação dos valores em conflito mensurando o peso de cada um deles com o caso concreto (um deles é derrotado nessa circunstância e ambos permanecem válidos). Esse mesmo procedimento pode ser adotado, por analogia, em uma provável concorrência de princípios morais; 7. Já as regras são a efetivação desses princípios; 8. Elas possuem um caráter de "tudo ou nada", ou seja, realizáveis ou não; 9. Podem entrar em conflito entre si e, nesse caso, uma delas é derrotável com relação a outra e não valem ao mesmo tempo no mesmo sistema. 10. A solução da incompatibilidade ocorre por apelo a outra regra que defina a validade de uma delas ou que permita a exceção da regra.

As Diferenças: 1. A correlação "mundo dos fatos e mundo das regras" (para cada caso deve existir uma regra para solução) são distintos no direito e na moral. O mundo dos fatos do direito é constantemente modificado, ampliado e, com frequência, não proporciona solução adequada para todos os casos a partir de regras, em razão do surgimento ou de lacuna ou antinomia e, portanto, apela-se aos princípios (o sistema deve ser mais dinâmico). Já na moral esse processo é mais lento, os casos são mais estáveis e há uma exigência menor dos princípios morais para a solução de casos que fogem às regras. 2. A solução para esses problemas, no direito, está presente em outra regra (está codificada). Já na moral essa medida é informal, pois não está codificada. A deliberação jurídica feita a partir de princípio em razão da insuficiência da regra pode ser utilizada, por analogia, na deliberação moral. 3. A solução de um eventual conflito moral de regra é solucionável pelo próprio agente moral a partir do pressuposto teórico adotado e não por procedimento formal da moralidade. 4. O conflito de princípio moral, segundo Singer, não pode ocorrer dentro do sistema e, portanto, não são derrotáveis. Diferentemente no Direito pode ocorrer uma concorrência (incompatibilidade em sentido fraco) e um deles será derrotado

no caso específico. 5. Acreditamos que se houver incompatibilidade de princípios morais é resultado de teorias e valores distintos aplicados ao caso concreto e não no interior de uma mesma teoria moral; 6. Logo, pode acontecer que diante de um conflito agentes morais tomem medidas distintas baseadas em suas teorias de base. Já no Direito a divergência (gerada pelo conflito ou por teorias distintas) deve ser solucionada com base no próprio sistema jurídico único.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2007

ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. **Normative systems**. New Cork: Springer Verlag, 1971.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. São Paulo: Landy, 2002.

_____. **Sobre lo razonable en el derecho**. In: Revista Española de Derecho Constitucional. N. 27, 1989, p.93-110.

_____; MANERO, Juan. **Las piezas del derecho**. Barcelona: Ariel, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOBBIO. Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UnB, 1999.

BRINK, David. **Moral conflict and its structure**. The Philosophical Review. V.103, n.2, 1994, p.215-247.

CARRIÓ. Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito.** São Paulo: Editora RT, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito.** São Paulo: Malheiros, 2006

GUEST. Stephen. **Ronald Dworkin.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, Herbert L. A. **Direito, liberdade e moralidade.** Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1987.

_____. **O conceito de direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001

LARIGUET, Guillermo. **Conflictos trágicos genuinos, ponderación y límites de la racionalidad jurídica.** *In:* Doxa - n.24, abril de 2006, p.94-113.

MARCUS, Ruth. **Moral dilemmas and consistency.** The Journal of Philosophy. vol LXXVII, n.3, 1980.

NAVARRO, Pablo. **Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho.** *In:* Doxa, n.14, 1993, p.243-268.

POUND, Roscoe. **Introdução a filosofia do direito.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965

PULIDO, Carlos B. **Estructura y límites de la ponderación.** In: Doxa, n.26, 2003, p.225-238

RAZ, Joseph. **Valor, respeito e apego.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na constituição federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

SINGER, Marcus. **Moral rules and principles. In: Essays in moral philosophy**. University of Washington Press, 1958, p.160-197.

STATMAN, Daniel. **The debate over the so-called reality of moral dilemmas**. Philosophical Papers, vol. XIX, 1990, p.191-211.

_____. **A new argument for genuine moral dilemmas?** The journal of value inquiry. Vol., 1992, p.565-575.

_____. **Hard cases and moral dilemmas**. Law and Philosophy, vol. XV, 1996, p.117-148.

STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação no direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Submetido em: 13/05/2013
Aprovado em: 08/07/2013

Como citar: GHIDOLIN, Clodoveo. Classificação em princípios e regras na deliberação jurídica e moral. *Scientia Iuris*, Londrina, v.17, n.1, p.179-198, jul.2013. DOI: 10.5433/2178-8189.2013v17n1p179.

Artigo 3

OS DILEMAS MORAIS COMO CONFLITOS DE DEVERES DISJUNTIVOS

Clodoveo Ghidolin[24]

Resumo: O objetivo desse trabalho é expor a visão tradicional dos dilemas morais e propor uma taxonomia de casos em fáceis, difíceis e trágicos. Discuto a ontologia e epistemologia associadas a eles em analogia ao Direito. Discuto os deveres conjuntivos e disjuntivos sob outra perspectiva, a saber, a partir da distinção entre "plano dos deveres" e "plano dos cumprimentos". Faço uma crítica acessória ao tema referente às consequências (positivas ou negativas) resultantes da escolha, especialmente nos casos de dilemas morais. Por fim, discuto a noção de "erro" no processo deliberativo de dilemas morais.

Abstract: The aim of this paper is to expose the traditional view of moral dilemmas and propose a taxonomy of cases in easy, hard and tragic. I, also discuss the ontology and epistemology associated with them in analogy to the law. I, discuss conjunctive and disjunctive duties from another perspective, namely from the distinction between "plan of duties" and "plan of compliments". I make an accessory critic on the theme related to the consequences (positive or negative) resulting from the deliberation, especially in cases of moral dilemmas. Finally, I discuss the notion of "error" in the deliberative process of moral dilemmas.

Palavras-chave: Dilemas Morais – Conflito de Deveres – Taxonomia de Casos.

Key-words: Moral Dilemmas – Conflict of Duties – Taxonomy of Cases.

> *La ética se ocupa de aquellas decisiones que más nos importan, y no hay decisión importante que no plantee un dilema. Dilema significa "dos cuernos". Los cuernos del dilema: dos opciones nada más (es o no es, ser o no ser, verdadero o falso) o, más bien, sólo una, la que permita encontrar un camino entre los cuernos del dilema. (Cohen, 2012, p. 21)*

Introdução

O propósito desse trabalho é abordar alguns aspectos relacionados aos dilemas morais e seu processo de deliberação. Inicialmente é preciso destacar que a existência dos dilemas pode estar relacionada com a multiplicidade de teorias morais, de circunstâncias factuais e essa combinação tem criado situações de incerteza para o processo de deliberação. O desejo do agente moral é decidir de forma acertada para evitar qualquer resultado negativo, embora em alguns casos eles sejam inevitáveis.

Assim, dilemas são caracterizados como aquelas situações em que o deliberador deve escolher entre alternativas distintas e que não podem ser realizadas ao mesmo tempo. Esses

[24] Doutorando em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM; Professor da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA.

casos, de dilemas em geral e não genuinamente morais, podem ser identificados desde os escritos de Platão, perpassando pela literatura clássica (Antígona), do exemplo descrito por Sartre, "A escolha de Sofia", o asno de Buridan, os dilemas de Heinz ou em películas como "Mar adentro" e "Menina de ouro".

Um segundo tópico é apresentar uma classificação de casos em fáceis, difíceis e trágicos (dilemas propriamente ditos), que são resultantes ou da teoria adotada pelo deliberador, das circunstâncias factuais, aspectos subjetivos do agente ou por um problema interno da própria teoria. Essa taxonomia muito se assemelha ao que ocorre com o sistema jurídico.

Além disso, trato os dilemas como conflito entre alternativas excludentes, mas dividindo o debate em dois planos distintos, "plano dos deveres" e "plano dos cumprimentos dos deveres". O primeiro refere-se ao dever do agente de agir, escolher e cumprir com todos os seus compromissos (obrigações[25]) morais. Já o segundo plano corresponde ao plano prático e representa as possibilidades que um caso pode proporcionar de alternativas disjuntivas, ou seja, fazer A, ou B, ou C, etc passiveis ou não de serem realizados simultaneamente. A escolha poderá ser feita por inúmeros fatores, tais como racionais (através da análise de regras ou princípios), subjetivos (emocionais, afinidade, gosto) ou até imotivados. Diante de um fato que envolve um suposto dilema afirmamos que o agente não tem dois deveres, mas somente um que é o dever de escolher e agir moralmente, embora existam duas ou mais possibilidades de caráter disjuntivo e que exigirá a seleção de uma delas, pois ambas não podem ser realizadas ao mesmo tempo.

Por fim, será preciso elaborar uma análise acessória referente às possíveis consequências (positivas ou negativas) resultantes do processo de deliberação de dilemas morais. Sabemos que toda e qualquer escolha implica em efeitos, responsabilidades, benefícios, prejuízos, arrependimentos, culpas, mas isso não é óbice para deixar de decidir, pois é parte do próprio ato de deliberar e do qual ninguém está isento. O que pretendemos com essa afirmação é sustentar a maximização das ações morais, ou seja, quanto mais deveres

---

[25] Farei uma distinção técnica entre "*dever*" e "*obrigação*", pois será útil para a análise dos dilemas morais, embora na literatura os termos sejam tomados como sinônimos. O conceito de "dever" refere-se a um enunciado do sistema moral que orienta uma conduta, que depende da convicção, autonomia e liberdade do agente com o objetivo de proteger um valor moral, exemplo, "cumprir os compromissos firmados". Já o conceito de "obrigação" refere-se a um enunciado prescritivo, de obediência, subordinação, imposição por um poder (legítimo ou não) e uso da força (coação externa) com o objetivo de proteger um valor ou simplesmente para exigir uma conduta. Em geral relacionamos as obrigações com as normas do sistema jurídico; por exemplo, a penalização daquele que pratica atos obscenos. Essa distinção será útil para a abordagem da taxonomia de dilemas presente na p. 10 desse trabalho.

realizados melhor para o agente moral, a coerência com o sistema adotado e não somente agir naquelas que lhe convém.

Ademais, sustentarei que a escolha entre alternativas não conduz a um "erro moral" em razão de arrependimento ou remorso. A noção de "erro" utilizada por alguns autores parece equivocada, pois o resultado negativo é resultante de possibilidades incompatíveis de serem realizadas ao mesmo tempo. Já um erro ocorre quando escolho baseado em regra ou princípio e constato, em seguida, que o princípio, regra ou o processo deveria ter sido outro, ou seja, ele resultou de um engano. Assim, o agente não erra na escolha, mas apenas está impossibilitado de realizar, ao mesmo tempo, as alternativas disponíveis e desejáveis.

A seguir faremos uma exposição geral da tese de Brink a fim de fortalecer nosso objetivo que é a tese disjuntiva da deliberação em dilemas morais.

Tese de Brink sobre Dilemas Morais

Em um artigo intitulado *Moral conflict and its structure* Brink (1994) discute a estrutura e as implicações dos dilemas morais no processo de deliberação. Inicialmente o autor afirma que os dilemas morais referem-se a conflitos de deveres em que o agente tem a obrigação de fazer uma determinada ação A e outra ação B, mas não é possível realizá-las ao mesmo tempo. Para enfrentar o assunto Brink faz uma importante distinção a respeito da deliberação, a saber, obrigações *prima facie* e obrigações *all-things-considered* (1994, p. 216), que está baseada na tese de Ross (1930) das obrigações *prima facie* e *sans phrase*[26]. Uma obrigação é considerada *prima facie* quando existem razões morais para realizar uma determinada ação X ou dever de fazer X, ou seja, o agente tem uma razão moral para fazer X.

Entretanto, a realidade nem sempre é constituída de casos simples que obrigam ou proíbem certas ações. É natural que o agente se depare com situações de conflito entre dois deveres morais e, para esses casos, é fundamental analisar as razões de cada uma das alternativas a fim de decidir da melhor maneira possível naquela circunstância. O primeiro passo é avaliar dentre as opções aquela que apresenta razões mais fortes com relação a outra, pois os critérios podem ser de ordem racional (objetiva) ou emocional (subjetiva). Logo, um dos deveres *prima facie* é derrotado pelas razões mais fortes do outro e, consequentemente, esse "vencedor" é denominado, pelo autor, como um dever *all-things-considered*, ou seja, o

[26] Tanto Ross (1930) quanto Brink (1994, p. 215) tomam como sinônimo os conceitos de "dever" (duty) e "obrigação" (obligation). Além disso, Ross utiliza sistematicamente a terminologia "duty", enquanto Brink utiliza "obligations". Por fim, Brink ressalta em seu artigo que um dilema envolve algum tipo de conflito entre obrigações "ou" deveres. "I shall not distinguish between obligations and duties. Moreover, I shall assume that both duties and obligations are ascribed using the moral ought".

verdadeiro dever moral de fazer X. Assim, todo dever *prima facie* pode ser superado, por razões mais fortes, por outro *prima facie* (*all-things-considered*) e esse, por sua vez, não pode ser derrotado por nenhuma outro, pois é um dever *prima facie* principal com relação a outro *prima facie*.

Dessa forma, um dilema ocorre quando o deliberador está diante de um caso em que existem dois deveres morais (*prima facie*) e ambos não podem ser realizados ao mesmo tempo. Porém, isso não implica uma conjunção de deveres morais, mas sim uma disjunção, pois além do desejo de realizá-las é preciso levar em consideração a possibilidade de sua efetivação. A conjunção (Brink, 1994, p. 229) só ocorre se houvesse a possibilidade real de realizá-las ao mesmo tempo. Mas como estamos tratando de casos em que as alternativas não podem ser alcançadas simultaneamente, caberá ao agente a tarefa de escolher uma delas, a partir da analise das opções disponíveis para identificar aquela que apresenta razões morais mais fortes e que constituirá a real obrigação moral "o dever de fazer" (*all-thinks-considered*).

Contudo, um dever *prima facie* derrotado não perde o caráter de dever moral, apenas deixa de ter prioridade perante a outra opção, pois em circunstância futura ela poderá se sobressair com relação a um novo dever *prima facie*. Por exemplo: o "dever de comparecer a uma reunião agendada" e, durante o deslocamento, se depara com a necessidade "ajudar uma pessoa". Se a segunda situação for grave é preciso auxiliar essa pessoa e depois cumprir o compromisso da reunião. Porém, se o segundo dever não for emergencial ou outras pessoas puderem prestar a assistência, então estaria justificado dirigir ao compromisso inicial. A prioridade é conferida pelo agente baseada na circunstância fática; na heterogeneidade das fontes utilizadas pelo agente moral, ou seja, dependendo do sistema normativo adotado (principialista ou consequencialista) implicará na escolha entre alternativas; do tempo disponível para refletir sobre as opções disponíveis, isto é, em alguns casos o agente não tem tempo suficiente para refletir e em outros permite analisar e avaliar sua escolha (o que poderá lhe causar efeito negativo como arrependimento ou culpa); da natureza do dilema e dos aspectos subjetivos do agente, mesmo que depois se constate que não foi uma boa opção e os resultados não sejam os esperados. Nesse caso o dilema real tem natureza solúvel, isto é, trata-se de um falso dilema (Brink, 1994, p. 221), pois entre as duas obrigações *prima facie* uma delas apresenta razões mais fortes com relação a outra. Assim, a identificação de um dos deveres como *all-things-considered* implica na existência de dilemas solúveis ou falsos dilemas.

Dessa maneira, admitimos que: se os deveres morais não estão em conflito em sentido estrito (uma contradição) entre "o dever moral de fazer X" e o "dever moral de fazer Y" e não

podem ser realizadas ao mesmo tempo, por questões circunstanciais sujeitas a qualquer agente moral, então significa que elas estão em "concorrência"[27] e o agente terá que escolher uma delas.

Se em uma dada oportunidade o agente moral depara-se com dois deveres morais conflitantes que não podem ser concretizados simultaneamente e que não estão em concorrência, mas são contraditórios, então o problema reside na teoria que permite que duas regras ou princípios morais estejam em oposição e a solução exige a reformulação da teoria em questão. Ou o conflito é provavelmente resultante da absorção, por parte do deliberador, de princípios e regras de sistemas morais distintos. Nesse caso basta ele escolher qual dos princípios ou regra adotará.

Contudo, poderíamos, hipoteticamente, pressupor duas exigências *prima facie* conflitantes em que o confronto entre elas não permite reconhecer a superioridade de uma sobre a outra. Nesse caso, estaríamos diante de um dilema genuíno e insolúvel. Mesmo assim, não há deveres conjuntivos, pois a dificuldade em identificar a superioridade pode ser resultante da limitação do deliberador ou ele não consegue, por questões emocionais, por exemplo, perceber a derrotabilidade de uma das alternativas. Logo, a dificuldade é um problema epistemológico (Brink, 1994, p. 241).

Diante do exposto, cabe ao agente moral frente a deveres conflitantes e que não podem ser realizadas ao mesmo tempo: 1) analisar as alternativas (*prima facie*) e mensurar as razões que sustentam cada uma delas a fim de identificar aquela que se sobressai em relação a outra (uma análise de equivalências, importância, prioridades ou razões que permitem escolher). A alternativa escolhida se tornará o dever moral genuíno (*all-things-considered*); 2) já nos casos em que não é possível escolher por falta de critério ou razões, pois as alternativas são, aos olhos do deliberador, equivalentes e o caso parece ser simétrico, então é necessário optar por uma das *prima facie*. Nada impede que em uma nova situação a escolha seja modificada em razão das consequências indesejadas ou negativas; 3) por fim, o deliberador não deve deixar de escolher porque encontrou dificuldade em reconhecer o dever moral. É preciso tomar uma atitude mesmo que o resultado produza arrependimento ou sentimento de culpa por não ter

[27] A expressão "concorrência" é utilizada no sistema jurídico quando dois ou mais princípios estão em colisão frente a um caso específico. Dessa forma, não existe contradição em sentido estrito como ocorre entre as regras as que exigem a aplicação de método para eliminar a antinomia a fim de garantir a existência de apenas uma delas e a coerência do sistema de normas. Entre os princípios não há hierarquia e todos estão em perfeita harmonia no sistema, porém a possibilidade de aplicação de mais deles, em um caso concreto, proporciona a concorrência entre esses valores. Logo, é preciso escolher um dos princípios através da ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto. Para Alexy (2012, p. 93) "[...] um deles terá prevalência em face do outro. Nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência".

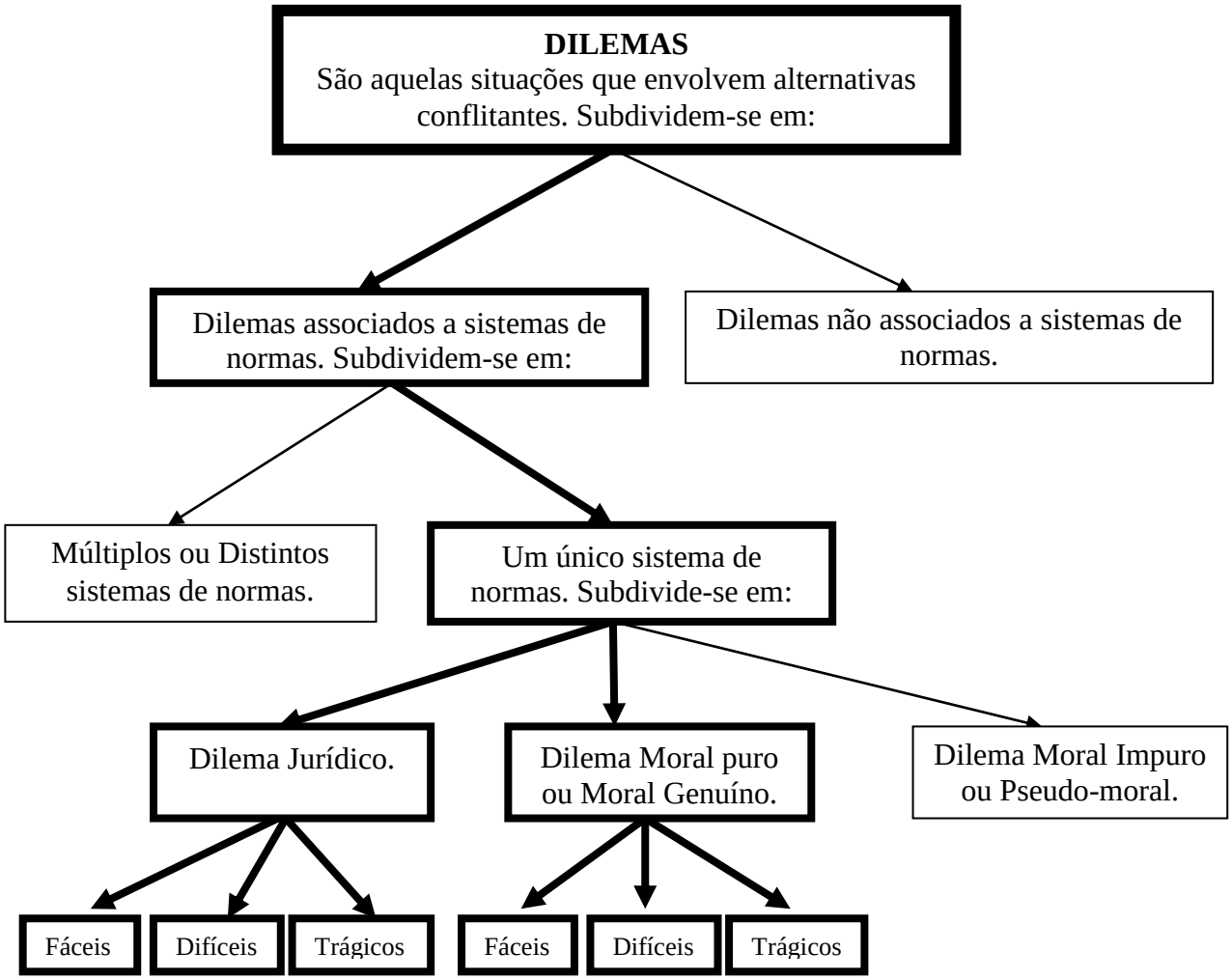
realizado a outra opção. O resquício é próprio em qualquer processo de escolha, mesmo aquelas que não envolvem dilemas, como por exemplo, o sujeito que preferiu “jogar futebol” ao invés de “estudar para a prova”. A decisão pela atitude mais prazerosa pode resultar em arrependimento ou culpa por não ter dedicado tempo ao estudo naquele instante e que teria evitado a reprovação. O agente moral tem o dever de agir e assumir uma posição em todas as situações com o propósito de evitar as exceções à regra e produzir efeitos ainda mais prejudiciais que sua omissão individual. Definida a escolha é possível avaliar o resultado para manter ou mudar de alternativa numa próxima oportunidade e evitar os erros passados ou tentar minimizar efeitos negativos dessas escolhas.

A seguir vamos propor uma taxonomia de dilemas, pois o dia a dia do agente moral pode ser muito diferente da descrição do plano teórico, ou seja, as deliberações podem envolver uma pluralidade de fontes morais (principialista, utilitarista, ética das virtudes, entre outras) determinadas pelo contexto[28] e tipo específico de ação moral. Além disso, o agente moral não é, necessariamente, fiel a um único sistema de normas para balizar suas escolhas. Na prática ele pode adotar uma postura utilitarista, por exemplo, quando procura salvar maior número de pessoas possíveis ao invés de apenas uma. Já em outro contexto sua escolha poderá estar pautada por uma visão principialista quando, por exemplo, não aceita corrupção financeira em um determinado setor público ou privado baseado no princípio da honestidade moral.

[28] Um trabalho técnico sobre a influência do contexto (em que o caso está inserido) para a deliberação moral e o reconhecimento de um esquema/estrutura da ação moral pode ser encontrado em Rossatto (2010).

Taxonomia de Dilemas

Com a exposição da tese de Brink a respeito dos conflitos de deveres propomos a construção de uma taxonomia de dilemas, pois dependendo das combinações circunstanciais o deliberador poderá reconhecer um dos tipos abaixo.



Um fato pode representar um *dilema* quando o deliberador encontra-se diante de uma escolha entre alternativas conflitantes e, em certos casos, não podem ser simultaneamente realizadas. Segundo Cohen (2012, p. 12) dilemas, para os gregos, estão representados por dois "chifres" de um animal, ou seja, são duas opções de escolha disponíveis e nada mais (é ou não é, ser ou não ser, verdadeiro ou falso) ou somente uma, a saber, aquela que permite identificar um caminho entre os "chifres" do dilema (ou escolhe A ou escolhe B). A seguir faremos uma descrição da taxonomia proposta acima.

Os dilemas não associados a sistemas de normas ocorrem quando o agente necessita escolher entre alternativas, mas que não envolve nenhum sistema de normas no processo de

deliberação, ou seja, as opções são independentes de qualquer sistema de normas. Um exemplo simples é a conhecida situação (hipotética) do asno de Buridan (Espinosa, 2009, parte II, proposição 49), o qual é colocado à mesma distância de um fardo de palha e um recipiente com água e acaba morrendo de sede e de fome, pois não toma nenhuma decisão racional sobre a escolha de uma ou de outra alternativa. Ou ainda quando um jovem, antes de prestar vestibular, depara-se com a difícil tarefa de escolher o curso de graduação diante das alternativas que lhe são oferecidas.

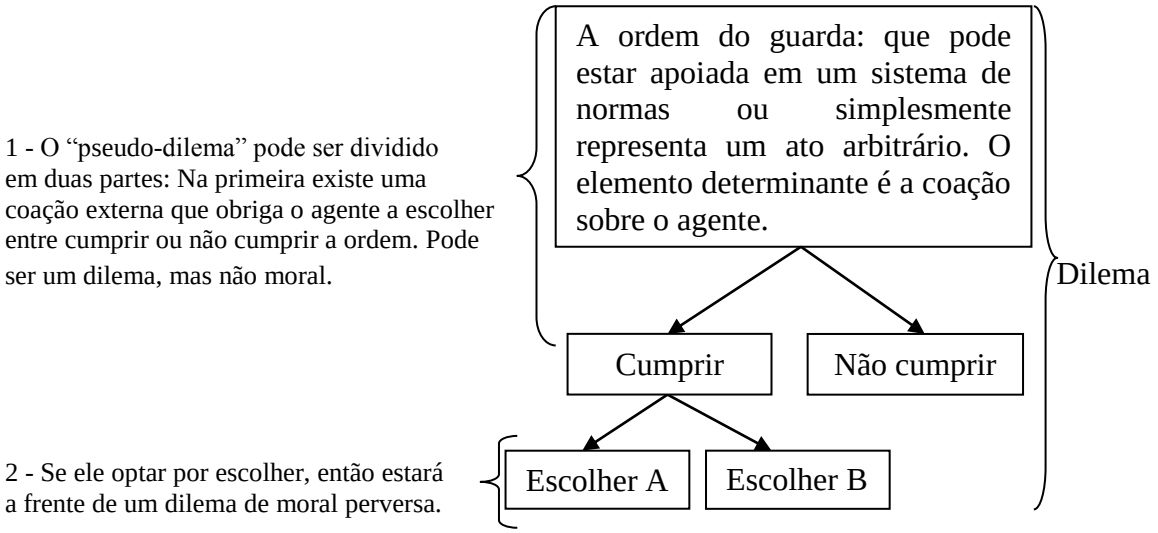
Já os dilemas associados a sistemas de normas dividem-se em dois tipos, os dilemas envolvendo múltiplos ou distintos sistemas de normas, ou seja, tratam daqueles casos em que as escolhas dependem da análise de alternativas de distintos sistemas de normas. Um exemplo disso é a atitude tomada por de Oskar Schindler, "industrial alemão, que durante a segunda guerra mundial utiliza-se de estratagemas ilegais e suborno aos membros da SS e oficiais para salvar, aproximadamente 1200 judeus do campo de concentração" (Singer, 2002, p.305). O dilema está em "jamais utilizar-se de procedimentos ilegais (imorais)" ou "salvar pessoas do extermínio". Existem aqueles agentes morais e posições teóricas que admitem exceção a regra, enquanto outros não aceitam que os fins justifiquem os meios.

Os dilemas envolvendo um único sistema de normas são classificados em três tipos, a saber, *dilema jurídico*, *dilema moral puro ou genuíno e dilema moral impuro ou pseudo-dilema*. O primeiro tipo (jurídico) aborda casos envolvendo conflitos de Direitos, como por exemplo, transfusão sanguínea de adeptos a religião Testemunhas de Jeová em que o Estado, por um lado, protege a vida do cidadão e, de outro, garante a liberdade religiosa, isto é, o sistema jurídico protege dois princípios que estão perfeitamente coerentes no sistema, mas que, aplicados ao caso específico, proporcionam um conflito jurídico. Porém, o sistema não oferece uma hierarquia entre eles ou método de solução para o problema e, nesse caso, admite-se que esses valores estão em concorrência e não em contradição. Caberá ao deliberador, por ato discricionário, o papel de identificar o princípio que, no caso específico, tem maior "peso" ou prioridade sobre o outro.

O segundo tipo (genuíno) envolve deliberações exclusivamente de ordem moral, ou seja, as alternativas disponíveis referem-se a um sistema moral. Nesse caso utilizaremos o exemplo hipotético (Sandel, 2012) do trem desgovernado que avança em alta velocidade e poderá, em poucos minutos, atingir cinco operários que trabalham nos trilhos. Nesse instante um agente moral tem a possibilidade de movimentar uma alavanca que muda a direção do trem para outros trilhos, mas isso implicará em matar um único trabalhador que também

encontra-se trabalhando sobre os trilhos. O dilema é sacrificar a vida de um para salvar muitos.

Por fim, o terceiro tipo (pseudo-dilema), trata daquelas situações, aparentemente, de ordem moral, mas que apresentam variáveis que desqualificam a natureza puramente moral. O exemplo que será apreciado é a conhecida "escolha de Sofia" (Styron, 2010). Para analisar esse caso é preciso inicialmente dividir o dilema em duas partes: 1) a presença de uma coação que interfere no ato deliberativo e inclusive dificulta o agente de abster-se de decidir e, por outro lado, 2) a deliberação em si frente a um dilema moral (o "dever de fazer A" ou o "dever de fazer B"). Abaixo a forma ilustrativa do dilema:



Consideremos os seguintes argumentos complementares: a) o deliberador (Sofia) está sendo coagido a tomar uma decisão, contra sua vontade, sem autonomia, liberdade, tampouco o desejo de realizar as alternativas (partilhamos da tese que ações morais devem pressupor alguns requisitos essenciais: autonomia, liberdade para decidir, responsabilidade, além da escolha estar pautada pela análise dos fins ou por consciência do dever moral). A presença da sanção física (externa) retira o caráter de dever moral da ação e remete a uma obrigação de natureza jurídica ou de um poder externo em que o motivador da ação é um elemento externo;

b) um dever autenticamente moral corresponde a uma atitude que tem por objetivo a proteção de um determinado valor (como a vida, verdade, honestidade) e que contribui tanto para o convívio em sociedade quanto para o aperfeiçoamento pessoal;

c) para existência de um dilema moral é necessário o conflito de deveres morais e que não podem ser realizadas ao mesmo tempo. O deliberador poderá encontrar certa dificuldade

na escolha entre o “dever de fazer A” e o “dever de fazer B”, mas se ele estiver diante apenas de uma das opções ele a realizará com toda certeza. Além disso, existem dilemas em que ambas alternativas podem ser realizadas. Já no caso em questão (Sofia) não ocorre o mesmo, pois se a coação cessasse, então Sofia não realizaria a “obrigação” determinada pelo soldado, ao contrário, cumpriria seu dever moral de proteger seus dois filhos. Logo, é preciso distinguir o “dever” moral de escolher, livremente, entre duas alternativas disponíveis de uma “obrigação” de escolher apoiada na coação ou no uso da força. Um exemplo de “dever” é “cumprir os compromissos firmados” e um exemplo de “obrigação” é “respeitar os sinais de trânsito”.

Logo, a moral pressupõe o cumprimento de “deveres” morais e não o cumprimento de “obrigações” em sentido estrito (embora na literatura as expressões “dever” e “obrigação” são utilizadas como sinônimas), ou seja, o dever exige autonomia, liberdade e atitude por convicção. Já a obrigação determina um comportamento baseado em uma força externa mesmo que o agente discorde da atitude a ser tomada.

Entretanto, na segunda parte do dilema de Sofia ilustrado acima percebemos que se o deliberador não puder abster-se de decidir em razão dessa coação externa, como o caso de Sofia, então ele estará diante de um dilema moral com característica perversa, pois trata-se de uma escolha trágica de encontrar a melhor alternativa disponível para aquele momento e tentar salvar pelo menos um dos filhos.

Por fim, vamos diferenciar os dilemas em fáceis, difíceis e trágicos. Uma excelente metáfora para compreender essa taxonomia é oferecida por Carrió (1998, p. 33) conhecida como “foco de luz”. Imaginemos um foco de luz de intensa luminosidade direcionada contra uma parede. No centro da luminosidade agrupamos os casos típicos, ou seja, aqueles de fácil (preferimos utilizar as expressões “claros” ou “não problemático”[29]) solução que não apresentam problemas e garantem a certeza na aplicação da regra. Porém, conforme o caso for se afastando do centro da luminosidade vai surgindo um espaço de obscuridade (nem claro nem escuro) que dificultam o reconhecimento da regra até a identificação da total escuridão. É nesse espaço de penumbra que estão localizados os casos de difícil e trágica solução.

Um conflito de deveres de natureza *fácil* (claros ou não problemáticos) ocorre quando temos dois deveres *prima facie* e um deles claramente oferece razões superiores em relação a

[29] Para MacCormick (2008, p. 68) a expressão “casos fáceis” deve, pragmaticamente, ser alterada para “casos claros”, pois existem áreas do Direito que envolvem questões muito complexas para resolver e que seria inadequado chamá-las de fáceis. Assim, os casos claros são aqueles que ninguém, até o momento, problematizou, seja do ponto de vista prático ou teórico, mas nada impede que isso ocorra em oportunidade futura. O que sabemos é que, para um caso claro, existe uma solução aplicável mesmo na presença de complexidade.

outra alternativa. O deliberador reconhece a melhor opção (*all-things-considered*), sente-se seguro quanto a escolha e, dificilmente, se arrependerá, pois a decisão é resultante da aplicação de uma regra ou princípio moral (trata-se de uma escolha racional).

O conflito de *difícil* solução surge a partir da multiplicidade de combinações de fatos, das transformações sociais e novas teorias morais que não proporcionam escolhas seguras a partir de regras ou princípios. Isso ocorre quando existem dois deveres *prima facie* em que um deles pode ser perfeitamente derrotado pela outra alternativa (por razões que demonstram a superioridade), porém se misturam a fatores emocionais que dificultam ou impedem a identificação. Ou seja, existe um dever *all-things-considered*, mas os fatores subjetivos transformam a escolha num ato traumático. Logo, existe uma solução, embora encoberta por variáveis que dificultam a percepção do deliberador.

Por fim, os dilemas de natureza *trágica* ocorrem quando os deveres *prima facie* não apresentam razões superiores. Nesse caso estamos falando de dilemas propriamente ditos, pois independente da análise que se faça entre as alternativas disponíveis não chegaremos a uma solução do tipo *all-things-considered*. A diferença é que diante de casos claros e difíceis é possível, por análise de regras ou princípios, reconhecer e escolher com segurança. Já nos casos trágicos não é possível mensurar as alternativas ou porque são equivalentes do ponto de vista valorativo ou porque são os valores são incompatíveis. Ao agente resta o dever de optar por uma delas a partir de fatores subjetivos, pois não há um procedimento formal que auxilie na resolução do conflito. Diante da concorrência entre alternativas é preciso exercer a discricionariedade baseando a escolha em aspectos que o agente reputa como mais adequados ao caso mesmo que posteriormente venha a se arrepender.

Essa dificuldade em reconhecer a solução correta pode ocorrer por uma limitação humana, pois o deliberador não consegue identificar as razões que demonstram a superioridade de uma alternativa sobre a outra, ofuscado por fatores subjetivos (emocionais) ou por uma falsa incomensurabilidade entre elas. Nesse caso identifica-se a presença de dilema insolúvel, mas sua natureza é meramente epistemológica, pois a resposta existe, basta que o deliberador consiga perceber qual delas constitui o dever *all-things-considered*.

Por outro lado, a natureza trágica pode ser resultante da própria teoria adotada pelo deliberador que ao se deparar com duas *prima facie* não permite derrotar uma delas, pois ambas representariam princípios morais da teoria. Logo, existe uma contradição interna entre princípios ou regras e a solução depende de uma reformulação do sistema moral.

Outra hipótese de conflito trágico ocorre quando os deveres mostram-se contrários, mas fruto da adoção, por parte do deliberador, de princípios e regras de teorias distintas que

utilizadas no caso geram uma incompatibilidade. Além disso, esses dilemas podem ser reflexo da falta de tempo suficiente para que o agente moral consiga analisar detalhadamente as alternativas disponíveis e identificar a *all-things-considered*.

Por fim, consideramos que todo dilema envolvendo deveres morais e que não podem ser realizados ao mesmo tempo possuem uma solução, pois o que há é a concorrência entre alternativas no caso específico e uma delas se mostrará mais adequada na situação. É preciso que o agente identifique qual delas tem maior "peso moral" (importância, menores efeitos negativos, maiores efeitos positivos) com relação a outra. Assim, uma situação de dilema pode ser idealmente assimétrica e de fácil solução, mas que por fatores de ordem prática, como esses destacados acima, resulta num casos simétrico de difícil ou trágica solução. Cabe ressaltar que a natureza trágica dos dilemas não está relacionada aos impactos emocionais sobre a vida do agente moral resultantes da escolha, mas sim na dificuldade em identificar os procedimentos ou até mesmo na ausência de métodos ou critérios para a solução clara do conflito.

Na sequência faremos uma breve exposição da tese do erro moral inevitável resultante dos resquícios de uma escolha frente a dilemas morais.

Sobre a Tese do Erro Moral Inevitável

Após uma exposição geral da tese de Brink e de posse de uma taxonomia de dilemas morais voltamos a atenção para a análise da proposta fenomenológica defendida por Williams (1965) em que todo agente moral, frente a um dilema moral, experimentará sentimentos negativos, tais como culpa, remorso ou arrependimento, resultantes da escolha entre as opções e a impossibilidade de não ter realizado a outra alternativa. Essa consequência negativa ficou conhecida como "erro moral inevitável", ou seja, independente da escolha sempre haverá o descumprimento de um dos deveres em conflito e a culpa é indicativa de erro. Entretanto, o conceito de "erro", utilizado nesse contexto, constitui um equívoco e sugerimos substituir pela expressão "sensação de impotência" em realizar ambas alternativas por uma limitação fática e que resultou em resquícios negativos, tais como a culpa e o arrependimento.

Já um "erro" deve ser entendido como uma falha ou deficiência em um processo de inferência, em um julgamento ou no resultado de uma operação lógica ou matemática. Consideremos os seguintes exemplos: da afirmação de que "o exercício é bom, logo todos devem fazer" percebe-se a existência de erro de inferência na passagem da premissa para a conclusão, pois algumas pessoas, por questões de saúde, estão proibidas de realizar qualquer esforço, ou seja, existem exceções quanto a realização de exercícios. Ou ainda, pressupomos

que alguém construa uma tabela de verdade para a fórmula lógica $\{B \vee \sim(B \wedge A)\}$ e chega a conclusão de que a mesma é uma contingência. Ao analisar os passos desse processo constata-se que existe um erro ou na atribuição de valores de verdade e/ou dos conectivos, pois essa fórmula é uma tautologia.

Além disso, falar em erro moral implica admitir a existência de um padrão de correção, isto é, deve existir uma resposta certa para todo dilema moral. Logo, se há erro, então existe uma resposta certa. Entretanto, sabemos que não há resposta certa em dilemas morais e, consequentemente, não há erro na deliberação moral que envolve dilemas.

Em dilemas morais o "erro" ocorreria se houvesse uma falha na escolha da regra ou do princípio, isto é, deveria ter adotado a regra A, mas por questões adversas optou por B. Assim, o erro é resultado de uma falha no processo de deliberação, mas não pelos efeitos negativos resultantes da escolha como sugere o autor. O sentimento negativo resultante da escolha é totalmente independente de um erro de deliberação. Se o agente, após a deliberação, sente-se culpado ou arrependido e reconhece que a outra opção teria sido mais adequada, não implica que isso seja reflexo de um erro, mas do "sentimento de impotência" por não ter cumprido com os deveres. Toda escolha implica resultados negativos ou positivos, pois é o risco que se corre no processo de deliberação. Ademais, a falha só pode ser reconhecida para aqueles autores racionalistas em que a escolha deve estar baseada em regra ou princípio, o que não é o caso de Williams que admite a interferência de aspectos subjetivos na escolha.

Por outro lado, toda ação moral e, mais especificamente, a deliberação frente a dilemas morais não envolve erro ou acerto na escolha, mas a exigência de se decidir baseado em regras, princípios ou aspectos subjetivos. Em dilemas não erramos quando escolhemos A em vez de B, pois fomos obrigados a tomar uma atitude diante da impossibilidade fática de concretizar ambas alternativas. Só existe erro quando "devo fazer A" (por razões morais) e "faço B" ou quando é possível "fazer A e B", mas realizo apenas uma delas; ou quando escolho mal as regras ou princípios; ou quando não faço nenhuma delas sabendo que existem razões para uma ou outra. Erro representa um equívoco ou uma falha na adoção de um procedimento. O agente pode ter sido induzido a escolher uma das opções e nesse caso estamos diante de um erro moral, mas a simples possibilidade que o impede de realizar ambas e o faz optar por uma não configura erro, mas uma impossibilidade de fato.

Já o arrependimento ou sentimento de culpa não pode ser considerado um erro, mas uma consequência inevitável da escolha e da qual é impossível evitar e quem escolhe está sujeito a esse tipo de resultado. Em síntese, erro representa uma falha no processo deliberativo e o chamado "erro moral" refere-se a uma "impossibilidade fática" de realizar ambas

alternativas do dilema e que podem produzir efeitos negativos resultantes do “sentimento de impotência”.

Dilemas Morais Como Deveres Disjuntivos

A vida em sociedade pressupõe o cumprimento de regras de convívio social, dentre elas as regras morais, com o objetivo de manter esse corpo político razoavelmente harmônico. Diariamente surgem situações que envolvem atitudes e escolhas morais simples, tais como “cumprir compromissos”, “não mentir”, “ajudar o próximo”, “ser honestos”, entre outras e esses deveres simples da vida é que procuram tornar os seres humanos melhores. Essas exigências não são problemas para um agente moral, pois ele claramente reconhece seu dever, analisa, reflete e toma uma atitude baseada nas melhores razões ou até mesmo por questões subjetivas e que confirmam a ação moral.

Entretanto, o cotidiano pode estar permeado de outras ocasiões que o colocam frente a escolhas difíceis em razão da complexidade dos fatos e das alternativas disponíveis, ou seja, podem surgir circunstâncias igualmente valorativas, porém mutuamente excludentes de tal maneira que apenas uma delas poderá ser realizada. É nesse momento que o deliberador sente-se fragilizado diante de deveres disjuntivos, tais como o “dever fazer A” ou “dever fazer B” e o “sentimento de impotência” por não poder realizar ambas alternativas.

Para tratar desse tipo de conflito de deveres morais, nossa sugestão, é dividir o procedimento em “plano dos deveres” e “plano dos cumprimentos dos deveres”. O primeiro plano representa “o dever moral” (uma metanorma) de todo agente de cumprir com as regras morais a fim de maximizar o cumprimento dos atos morais e que estão em perfeita harmonia internamente no sistema normativo (exemplo, ser honesto, cumprir com compromissos, respeitar os outros, ser leal, dizer a verdade, etc). Essas exigências são anteriores a qualquer fato, ou seja, todo agente moral tem o dever de agir, escolher, cumprir com toda regra moral, com o fito de promover o bem-estar, felicidade, o bom convívio e a manutenção dos laços sociais entre outras finalidades. Independente da motivação, se principialista (por princípios ou regras) ou utilitarista (pelas melhores vantagens ou felicidade), o essencial é cumprir todo dever moral que se apresenta, pois não é coerente para um agente moral agir de acordo com regra morais apenas em circunstâncias que lhe convém ou que não lhe cause problema, salvo as exceções que o impedem se realizar.

Analisemos o diálogo de Sócrates com Céfalo (Platão, República livro I) a respeito do conceito de justiça como sinônimo de “pagar o que se deve”. Se alguém pede emprestada uma arma a um amigo é dever “moral” devolver o objeto, mas se o amigo não estiver em pleno

juízo de suas faculdades mentais, mesmo assim, deverá devolver? Com esse questionamento Sócrates demonstra que uma regra pode ter exceção e que outra escolha pode mostrar-se mais adequada, no caso específico proteger a vida do amigo. Mais uma vez percebe-se que o objetivo do agente moral não é encontrar respostas certas em condutas simples ou em dilemas morais, mas procurar cumprir com os deveres que se apresentam e escolher as melhores alternativas disponíveis no momento.

Já o segundo plano está relacionado a experiência diária do deliberador que pode proporcionar casos de conflito entre o "dever de fazer A", ou "devo fazer B", ou "devo fazer C", mas em algumas situações não é possível concretizar mais de uma alternativa ao mesmo tempo (exemplo, o "dever de ajudar alguém em apuros" e ao mesmo tempo "cumprir com um compromisso já agendado"). A escolha poderá ser feita por inúmeros fatores, tais como racionais (regras ou princípios), subjetivos (emocionais, afinidade, gosto) ou até sem motivos. Assim, o deliberador, diante de um suposto dilema, não tem dois deveres morais conjuntivos, mas apenas um que é o de escolher, agir moralmente, tomar uma posição diante de todos os compromissos morais, porém existem duas ou mais alternativas de caráter disjuntivo e que não puderem ser realizadas simultaneamente. Logo, seu papel como agente moral é decidir por uma das alternativas mesmo que não esteja seguro quanto a melhor escolha a ser feita ou não consiga mensurar os resultados da escolha. Recordamos o exemplo de Sofia em que ela. Seu dever é proteger seus dois filhos, mas a circunstância lhe obriga a salvar apenas um deles e tornando a escolha dolorosa e trágica.

Existem casos como esse que, independente da eleição e ainda mais coagida pelo soldado, poderão proporcionar resultados inevitavelmente trágicos, pois estamos sujeitos ao perigo da escolha, naquele instante, mas em seguida perceber que o cálculo (análise) não atingiu o ideal. Em dilemas não existe a coisa certa a ser feita como um cálculo matemático que conduz a resposta certa ou errada, mas uma busca constante pela melhor escolha ou aquela que se ajusta ao caso para esse deliberador, mesmo que as consequências não possam ser mensuradas no estágio de deliberação (por falta de tempo, coação externa, falta de clareza, por aspectos emocionais) e que se mostrem as piores possíveis no estágio seguinte. A tragédia parece fazer parte da vida humana (Nussbaum, 2009).

Além disso, podemos afirmar que dilemas morais podem resultar da incompatibilidade interna entre princípios ou regras e que exige correção desse sistema normativo. Uma segunda situação de inconsistência ocorre quando são confrontados dois princípios de teorias distintas e, nesse caso, é preciso decidir qual dos sistemas terá prevalência sobre o outro e seus respectivos valores. Já a terceira alternativa é admitir que a incoerência de princípios ou

regras não é real, mas fruto das combinações factuais que colocam frente a frente dois princípios (ou regras) da mesma teoria em um caso específico. Nesse caso não há uma incompatibilidade, mas uma "concorrência" entre princípios (ou regras) e por estarem em concorrência é preciso apenas decidir por um deles, privilegiando um em relação a outro, de maneira análoga ao que sugere Alexy (2011) para o tratamento de conflito de princípios no Direito através da análise do "peso" de cada um dos princípios envolvidos.

Entretanto, se o agente estiver diante de uma incompatibilidade real de princípio é preciso eliminar um deles, pois todo sistema é coerente na medida em que não apresenta contradições internas entre seus axiomas (no caso princípios). A validade depende da sua coerência interna, mas a "concorrência" entre princípios não afetam a estrutura do sistema, apenas exige o ato de privilegiar um deles. Logo, o sistema se mantém válido e o suposto conflito entre valores se desfaz logo em seguida a escolha, retomando a harmonia do sistema.

Além disso, a estrutura do dilema moral não representa uma contradição lógica porque a forma não é do tipo $(Op \wedge O{\sim}p)$, onde "O" representa uma modalidade de obrigação e "p" uma proposição qualquer. Ao contrário, trata-se de uma situação de conflito de natureza prática entre deveres morais e que sua estrutura formal pode ser representada da seguinte maneira, $Op \wedge Oq \wedge {\sim}\Diamond(p \wedge q)$[30], onde "p" e "q" são ações efetiváveis e distintas. O deliberador tem o "dever de fazer p" e, ao mesmo tempo, o "dever de fazer q", mas não é possível realizá-las ao mesmo tempo. Assim, o dilema moral faz parte daquelas situações em que o sujeito deve escolher entre alternativas distintas e que ambas não podem ser simultaneamente realizadas.

Entretanto, se as duas alternativas não puderem ser alcançadas ao mesmo tempo, então o agente moral tem apenas um dever moral, a saber, ou "dever de fazer p" ou o "dever de fazer "q", bastando apenas que ele faça a escolha baseada nas melhores razões morais recolhidas. Além disso, todo agente tem o dever de cumprir com o maior número possível de deveres, possivelmente todos, do sistema de normas adotado e ao assumir esses compromissos, então significa que essas ações são, em princípio, possíveis de serem realizadas. Logo, se ele tem o "dever de fazer p" e ao mesmo tempo "dever de fazer q", mas não é possível efetivá-las ao mesmo tempo, então implica um único dever que é ou "realizar p" ou "realizar q". A estrutura lógica pode ser representada da seguinte forma. O sistema

[30] O operador modal "O" é utilizado em formalizações para indicar uma obrigação dirigida a um agente. Porém, em nosso contexto esse operador será empregado de maneira técnica (conforme descrito na nota de rodapé 02, p.02 desse trabalho) para expressar um dever moral de realizar certa ação a partir de um sistema de normas e não uma obrigação em sentido estrito, pois a obrigação interfere na autonomia do agente e desqualifica a ação como essencialmente moral.

normativo exige, constitutivamente, o cumprimento do maior número possível de deveres, possivelmente todos, que se apresentam ao agente, isto é, $O(Op \rightarrow \Diamond p)$, logo o "dever de fazer p" implica sua possibilidade real de efetivação. Assim, $O[Op \wedge Oq \wedge \sim\Diamond(p \wedge q) \rightarrow O(p \vee q)]$ se é impossível de concretizá-las, então não existe dilema apenas um dever moral mais forte (por razões morais) que deve ser realizado naquela ocasião frente a outro dever moral mais fraco. Numa nova situação de suposto conflito essa ordem de importância poderá ser invertida.

Por fim, destacamos que os dilemas podem ser analisados sob duas perspectivas, a saber, ontológica e epistemológica. Quanto ao primeiro ponto, sustentamos que dilemas genuinamente morais não existem ontologicamente (embora possamos identificar a existência de outros tipos de dilemas presentes na taxonomia acima) e que todo caso que se apresenta ao deliberador são solúveis porque sempre existe uma solução adequada. Já na perspectiva epistemológica é possível afirmar abordar todos os tipos de dilemas e as formas de deliberação, mas apenas como construções mentais que servem para testar teorias morais (ou jurídicas) e o respectivo processo de deliberação. Esses casos fictícios podem destruir qualquer teoria moral e demonstrar a fragilidade do processo de deliberação, embora não seja esse o foco desse trabalho.

Portanto, dilema moral (genuíno ou pseudo) é o tipo de caso que apresenta alternativas disjuntivas de ação passíveis ou não de serem realizadas ao mesmo tempo, pertencente a um ou múltiplos (distintos) sistemas de normas, contendo graus de complexidade (se fácil, difícil ou trágico) resultante do próprio sistema de normas. Entretanto, a classificação de casos pode ser produto do próprio deliberador, ou seja, um caso pode ser qualificado como de fácil, difícil ou de trágica solução a partir da percepção do agente. Contudo, esse aspecto "psicológico" do reconhecimento de casos e os respectivos efeitos no processo de deliberação será objeto de análise em uma nova oportunidade.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros, 2012.

BRINK, David. Moral conflict and its structure. *The Philosophical Review*. v. 103, n. 2, 1994, p. 215 – 247.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.

COHEN, Martin, *101 dilemas éticos.* Madrid: Alianza Editorial, 2012.

ESPINOSA, Baruch. *Ética*. Tradução de Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009.

LARIGUET, Guillermo. *Conflictos trágicos genuinos, ponderación y límites de la racionalidad jurídica.* In: Doxa - Isonomia, n. 24, abril de 2006, p. 94 – 113.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Rio do Janeiro: Elsevier, 2008.

MARCUS, Ruth. *Moral dilemmas and consistency.* The Journal of Philosophy. Vol LXXVII, n. 3, 1980, p. 121 – 136.

NAVARRO, Pablo. *Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho.* In: Doxa - Isonomia, n. 14, 1993, p. 243 – 268.

NUSSBAUM, Martha. *A fragilidade da bondade.* São Paulo: Martins Fontes, 2009

PLATÃO. *A república.* São Paulo: Nova Cultural, 1997.

ROSSATTO, Noeli. *"A invenção e a regra: dialética da aprendizagem moral".* In: Cultura, Diferença e Educação. Porto Alegre: Sulina, 2010, p. 257 – 271.

ROSS. David. *The right and the good.* Oxford: Oxford University Press, 1930.

SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SINGER, Peter. *Ética prática.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.

STATMAN, Daniel. *The debate over the so-called reality of moral dilemmas.* Philosophical Papers, vol. XIX, 1990, p. 191 – 211.

_____. *Hard cases and moral dilemmas.* Law and Philosophy, vol. XV, 1996, p. 117 – 148.

STYRON, William. *A escolha de Sofia.* São Paulo: Geração Editorial, 2010.

TAPPOLET, Christine. *Dilemas morais: os dilemas morais e os deveres prima face.* Dicionário de ética e filosofia moral. São Leopoldo: UNISINOS, 2003, p. 444 – 450.

WILLIAMS, Bernard. *Ethical consistency.* Proceedings of the Aristotelian Society, suppl. Vol. XXXIX, 1965, p. 103 – 124.

Artigo 4

NATUREZA E CLASSIFICAÇÃO DE CASOS JURÍDICOS
NATURE AND CLASSIFICATION OF LEGAL CASES

Clodoveo Ghidolin[31]

Resumo: Mediante uma analogia dos casos jurídicos, especialmente os "dilemas jurídicos", com os casos morais, especialmente os dilemas morais, objetiva-se, nesse trabalho, a) oferecer uma classificação dos casos jurídicos, b) responder à pergunta pela natureza ontológica ou epistemológica dos "dilemas jurídicos", e c) fornecer critérios para decidir casos jurídicos (e casos morais), especialmente os "dilemas jurídicos" (os dilemas morais).

Abstract: Through an analogy of legal cases, especially "legal dilemmas", with moral cases, especially moral dilemmas, the objectives of this paper are: a) to provide a classification of legal cases, b) to answer the question about the ontological or epistemological nature of "legal dilemmas", and c) to provide criteria for deciding legal cases (and moral cases), especially "legal dilemmas" (moral dilemmas).

Palavras-chave: Casos Trágicos – Casos Difíceis – Deliberação Jurídica

Key-words: Tragic Cases – Hard Cases – Law Deliberation

Introdução

O positivismo jurídico, inaugurado com a Escola da Exegese no século XIX, tinha a pretensão de estabelecer um sistema seguro, superando as variações da doutrina Jusnaturalista. Por isso, deveria estar fundado em alicerces universais como a segurança jurídica, produzida por normas gerais, taxativas, não retroativas e estáveis, a previsibilidade, a isonomia, o culto à lei, uma única fonte do Direito – o Estado, um sistema autossuficiente, completo, coerente, análogo a um prontuário de decisão, dedutivo (por subsunção de casos jurídicos a normas jurídicas), separado da moral e, finalmente, operado por agentes neutros e imparciais. Essas diretrizes tornariam possível concretizar o Princípio da Isonomia e da Justiça, através de normas positivadas, fruto de uma ideologia estatal, legítimas e válidas independentemente do juízo de valor individual.

A certeza exigida para cada caso, uma e somente uma solução e por um processo lógico dedutivo, proporcionaria a resposta segura. Identificados os fatos, afirmava Perelman (2004, p. 33), basta estruturar um silogismo em que a premissa maior é representa uma norma válida, constatar que as condições estabelecidas pela norma (tipicidade) foram atendidas (premissa menor) e obter a decisão como produto desse raciocínio. A subsunção foi utilizada

[31] Doutorando em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM; Professor da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA.

como método para a obtenção de decisões seguras, uma vez que na tradição anterior o resultado estava baseado em conceitos axiológicos e que não permitiam uma caracterização consensual. Além disso, a atividade do operador ficou limitada à aplicação de leis ou como um funcionário do Estado que apenas dizia o Direito (a "boca da lei"). Ele deveria, portanto, pronunciar e expressar a vontade do Estado.

Perelman (2004, p. 184) descreve que o magistrado, na corrente dogmática, não deveria violar a lei através da aplicação de critérios de justiça particular, mas sim sujeitar a sua vontade e senso de equidade à vontade geral conforme prescrevem as normas, pois o objetivo do Positivismo é a sistematização do Direito. A tarefa do operador seria guiar-se conforme a letra da lei e evitar variações de julgados, ou seja, justo é aquilo que está conforme a lei, ou seja, o critério de justiça é formal. Kelsen (2000, p. 20), por exemplo, trata a justiça como legalidade e não como valor, pois não há um consenso de justiça material. É justo que uma regra seja aplicada em todos os casos em que, de acordo com seu conteúdo, esta regra deva ser aplicada, e é injusto que seja aplicada em um determinado caso, mas não em outro similar. Essa forma de tratar a justiça refere-se, evidentemente, ao modo de aplicação e não ao seu conteúdo. A justiça formal é correspondência com norma jurídica válida.

Essa forma de compreender e tratar o ordenamento oportunizou vantagens não alcançadas anteriormente pelo cidadão, a saber, a previsibilidade das decisões e a justiça, embora esse projeto não reflita os sistemas jurídicos atuais. Por outro lado, pouco a pouco, as desvantagens, problemas e anomalias também vieram à tona, pois a aplicabilidade irrestrita gerou certas injustiças e violações de valores morais, uma vez que as normas não davam conta da multiplicidade de casos. Além disso, casos deixaram de ser resolvidos por subsunção imediata, as constantes transformações sociais da época e infinitas possibilidades de casos novos proporcionaram a derrubada do dogma da completude. Mais tarde essas situações cada vez mais complexas permitiram a elaboração de uma taxonomia de casos, consagrada por Dworkin, em casos fáceis e casos difíceis. Os primeiros são resolvidos de maneira clara por subsunção, porque os casos enquadram-se claramente em normas. Por outro lado, os casos difíceis referem-se àquelas situações de fronteira entre duas (ou mais) opções legítimas, ou seja, há uma penumbra de dúvida acerca da escolha a ser tomada e, portanto, exige uma análise das alternativas disponíveis.

Manuel Atienza (2002), por outro lado, adiciona uma terceira categoria de casos, denominados casos trágicos. São aqueles que envolvem conflitos entre princípios, constituindo verdadeiros dilemas, tornando a decisão ainda mais complicada, pois como não

há uma hierarquia entre princípios, a escolha acaba sendo tomada por um ato discricionário apoiado na argumentação, valores e normas.

O objetivo desse trabalho é apresentar a taxonomia de casos jurídicos e as causas para o surgimento de cada um dos tipos, demonstrar a impossibilidade do sistema jurídico abarcar completamente o "mundo infinito de fatos" com o "mundo finito de normas", argumentar que o processo de decisão deixa de ter um caráter lógico dedutivo para tomar uma forma particular de escolha do operador e de ausência da neutralidade. Ademais, propor uma analogia com a classificação de casos morais e demonstrar que a natureza dos mesmos é de caráter epistemológico e não ontológico. Por fim, descrever o processo de decisão, especialmente aqueles casos que envolvem dilemas jurídicos e morais. Essa analogia[32] entre Direito e Moral já está presente em alguns trabalhos de Statman (1990; 1992 e 1996), mas vamos propor uma análise mais detalhada da discussão em torno dos dilemas a fim de identificar semelhanças e diferenças no processo deliberativo.

1 Uma Classificação de Casos Jurídicos

A construção de uma taxonomia de casos tem implicação sobre os procedimentos e as consequências da deliberação jurídica. Além disso, permite identificar a incompletude do sistema normativo, ou seja, que o conjunto de normas é insuficiente para a resolução clara de todo e qualquer problema de interesse do Direito e a incompatibilidade de normas que ocorre quando surgem duas normas opostas tratando do mesmo caso e que oferecem soluções distintas. Nesse sentido, o deliberador poderá se defrontar com casos que, ele próprio, qualificará como claros e outros que exigirão uma análise da melhor alternativa dentre aquelas disponíveis pelo sistema. Assim, os casos jurídicos podem ser classificados em três tipos, a saber, os fáceis (ou não problemáticos), os difíceis, e os trágicos ou dilemáticos. Consideremo-los em detalhes:

1.1 Os Casos Fáceis são aqueles em que claramente identificamos uma solução baseada exclusivamente no ordenamento e não suscitam dúvidas, embora possam demandar um esforço para sua realização. Nesse sentido, a reconstrução de uma decisão obedece um processo de subsunção que muito se assemelha a um silogismo, onde a conclusão é resultante, segundo Atienza (1997b, p. 15), da subsunção de determinados fatos a uma norma e não produz desacordo com o sistema jurídico ou a resposta não gera discussão. Porém, essa

[32] Essa analogia refere-se a análise desses dois sistemas de regras com o objetivo de descrever o processo de deliberação de um deles e verificar a possibilidade de aplicação para o outro sistema, ou seja, se um deles pode contribuir na resolução de casos trágicos presentes no outro sistema.

qualificação como caso fácil não é elemento inerente ao caso, mas um julgamento e atribuição feita pelo agente, quer dizer, para o agente não há nenhum problema à luz do sistema jurídico. Exemplo de um caso fácil ou não problemático: em uma infração de trânsito, o condutor excedeu em 30% o limite de velocidade. Sua penalidade é de R$ 127,69 e 05 pontos na habilitação. O caso é claro, pois não há dúvida quanto à subsunção a regra, tampouco do agente em aplicar tais sanções administrativas.

A subsunção (como decisão racional) deve respeitar, para Atienza (1989, p. 94), quatro critérios básicos, a saber, 1) seguir a lógica dedutiva, isto é, não há erros lógicos na operação, 2) respeitar os princípios da racionalidade prática, 3) uma das premissas deve ser uma norma de caráter vinculante, e 4) não utilizar elementos decisivos da fundamentação, do tipo valorativo, não previstos no ordenamento jurídico. A maioria dos casos jurídicos pertencem a essa classe.

Já Navarro (1993, p. 253) descreve os casos fáceis como circunstâncias em que a formulação normativa é clara no seu significado, a regulação do caso é consistente e ele não se enquadra na zona de penumbra. Assim, o agente o resolve operacionalmente mediante um raciocínio no qual a norma está representada pela premissa maior, a circunstância factual é subsumida claramente a essa norma e a solução é o produto dessa operação.

Já para MacCormick (2008, p. 68) a expressão “casos fáceis” deve, pragmaticamente, ser alterada para “casos claros”, pois existem áreas do Direito que envolvem questões muito complexas para resolver e que seria inadequado chamá-las de fáceis. Assim, os casos claros são aqueles que ninguém, até o momento, problematizou, seja do ponto de vista prático ou teórico, mas nada impede que isso ocorra em oportunidade futura. O que sabemos é que, para um caso claro, existe uma solução aplicável mesmo na presença de complexidade.

Entretanto, a expectativa inicial do Direito de solucionar todo tipo de caso a partir de norma, na tentativa de reduzir a infinidade dos fatos a um conjunto finito de normas, fracassou. A sociedade e os fatos sofrem alterações constantes seja no campo político, social, cultural, econômico e, paulatinamente, esse objetivo deixou a desejar e entrou em declínio. Como resultado, a relação entre caso e norma tornou-se visivelmente desproporcional (o que parece evidente), ocasionando o aparecimento das lacunas. Somando-se a isso os problemas de linguagem (textura aberta), ambiguidades, vaguidade[33] e imprecisões contribuíram para o

[33] A vaguidade da lei é uma das responsáveis pelo surgimento de casos difíceis e trágicos. Porém, alguns autores, como Thimothy Endicott (2012) sustentam a tese contrária, a saber, que a vaguidade da lei é necessária em um Estado de Direito, pois só assim é possível abarcar/agregar as imensas atividades, situações, casos e avaliar os impactos da aplicação da regra. Ademais, a ordem social e a governabilidade de uma sociedade dependem da

surgimento de casos não atendidos pelo sistema jurídico. O princípio da completude tornou-se duvidoso e, consequentemente, surgiu uma forte crítica ao formalismo e à segurança jurídica. Somando-se a isso, o fim do Regime Nazista permitiu a discussão em torno do excesso do formalismo e a necessidade do acréscimo de critérios valorativos ao Direito a fim de evitar, pelas vias formais, novas violações de direitos humanos.

Analogamente na moral existem casos em que a escolha não proporciona dúvidas, pois os critérios, regras e princípios permitem claramente identificar a escolha certa. Um exemplo ilustrativo é a escolha entre "o dever de cumprir uma promessa" e "deixar de realizá-la por preguiça". A mesma diversidade de situações pode ocorrer na moral, pois diante de transformações sociais e das novas teorias morais surgem casos que não são solucionados por uma regra ou princípio de forma clara, a saber, os casos de difícil solução. O caso em si não é nem fácil tampouco difícil ou trágico, mas passível de qualificação subjetiva do agente moral.

Porém, alguns aspectos merecem reflexão. Em primeiro lugar preferimos substituir a expressão "fáceis" pelas expressões "claros" ou "não problemáticos", pois a maioria dos problemas jurídicos e morais não são fáceis em sentido estrito – exigem um certo esforço do agente, embora a solução seja clara. Por outro lado, a qualificação do problema depende do ponto de vista em que nos encontramos, ou seja, para uma das partes a solução é clara e perfeitamente visível, de acordo com uma norma e solução esperada. Já a outra poderá reconhecer o problema como muito difícil ou problemático em razão das especificidades do caso e dos objetivos a serem alcançados. O mesmo ocorre com um problema moral, isto é, para um determinado agente a solução está apoiada em um princípio da teoria moral e o outro pode estar em dúvida quanto à escolha e em definir qual regra ou princípio deve levar em consideração. Logo, a expressão "fácil" ou "claro", é uma qualificação atribuída pelo deliberador a um caso particular.

1.2 Os casos difíceis originalmente, escreve MacCormick (2008, p. 65), eram aqueles casos passíveis de produzir um "mau Direito" através da interpretação forçada do Direito para evitar o impacto na decisão de um caso excepcional e, consequentemente, criar precedentes ruins. Nesse sentido recomendava-se evitar que o operador distorcesse o Direito em vista dessas situações extraordinárias[34]. Logo, os casos difíceis são consequência de problema de relevância, interpretação, classificação, avaliação ou prova e, além disso, uma questão

---

existência de leis vagas. Por fim, esclarece que a vaguidade das leis não é sinônimo de decisões arbitrárias, mas ao contrário, decisões arbitrárias são aquelas tomadas sem uma base racional.

[34] MacCormick (2008) utiliza o exemplo de um grupo de náufragos desesperados por água, e por temerem a morte iminente, matam a pessoa mais fraca do grupo e bebem seu sangue. Ao serem resgatados, mais tarde, são presos, indiciados e julgados por homicídio. A decisão de condenar foi tomada para evitar que cada pessoa se tornasse juiz de seu próprio Direito à custa da vida de outrem.

pragmática, fruto de uma dificuldade que não foi resolvida pelos juízes. Exemplo de um caso de difícil solução na área da bioética (reprodução assistida): “inseminação com sêmen de pai morto sem expressa (por escrito) autorização para a destinação conforme exige o Conselho Federal de Medicina”. A dificuldade é a doação voluntária, porém sem a expressa declaração do destino do material. Além disso, o magistrado não possui uma norma específica para esse tipo de caso. Por fim, a circunstância envolve sentimentos de perda e recompensa.

Entretanto, Dworkin (2002) altera essa compreensão sustentando que eles não produzem mau Direito, mas apresentam certa dificuldade na interpretação de normas e permitem encontrar argumentos fortes para cada uma das alternativas disponíveis e válidas. Um caso difícil surge quando não nos permite obter uma resposta por apelo a um conjunto de argumentos (por subsunção) e dá origem a discussão, pois não há consenso quanto à solução correta. O exemplo elaborado por Dworkin (2010, p. 203), e utilizado por MacCormick, para tratar do assunto refere-se ao caso da Sra. Sorenson que sofria de artrite e, durante muito tempo, tomou um medicamento (*Inventum*) para aliviar a dor. Esse medicamento foi produzido e comercializado por vários laboratórios diferentes. Além disso, ele apresentava efeitos colaterais graves e que não foram divulgados. A paciente passou a ter problemas cardíacos permanentes. Porém, ela não conseguiu provar quais comprimidos e qual o fabricante responsável pelos danos causados. Assim, ela ingressa com uma ação contra todos os fabricantes na tentativa de reparar o dano causado. A dificuldade reside no confronto entre as alternativas (a favor da Sra. Sorenson ou dos laboratórios) e em chegar a uma solução considerada “a melhor”.

Já para Atienza (1989, p. 96), os casos difíceis envolvem decisões razoáveis, ou seja, aquelas em que os quatros critérios de racionalidade, descritos acima, são insuficientes ou por ausência de norma ou de justificação, ou por resultado inaceitável. Além disso, é possível afirmar que existe mais de uma solução legítima do ponto de vista jurídico, mas o operador reconhece a dificuldade em identificar qual das opções deverá adotar.

Segundo Navarro (1993, p 252), existem oito características que suscitam um caso difícil, a saber, 1) quando não há uma resposta correta, 2) as normas ou os conceitos presentes na norma possuem textura aberta, 3) quando o Direito possui lacunas e antinomias, 4) quando não há um consenso dos operadores quanto à solução a ser tomada, 5) quando o caso em questão não é comum ou a aplicação da norma não é realizada de maneira mecânica, 6) o caso não é considerado de fácil solução e a decisão ocorre através da ponderação das disposições jurídicas e pela argumentação, 7) a solução é dependente de um princípio e, por fim, 8) o resultado envolve necessariamente juízos morais. Já Atienza (2002, p. 335) admite que, em

princípio, esses casos permitem obter mais de uma resposta correta respeitados os parâmetros jurídicos de validade.

A escolha dentre as alternativas dependerá da análise dos aspectos positivos e/ou negativos que envolvem o caso. O primeiro passo é identificar as "exigências essenciais" que devem atender para uma decisão juridicamente válida. Em seguida verificar a existência de vantagens ou desvantagens que cada uma das hipóteses pode oferecer. De posse dos elementos essenciais e dos benefícios ou prejuízos de cada uma das alternativas é preciso avaliar e decidir por uma delas. Neste caso, a decisão, segundo Atienza (1989, p. 108), estará pautada pelo princípio da razoabilidade, ponderação, e equidade, em vista das variáveis específicas do caso.

Nas palavras de Atienza (1989, p. 99) a solução deve apresentar, além do "equilíbrio mínimo" (as exigências essenciais para a validade da decisão), as vantagens, benefícios ou prejuízos de uma em relação à outra solução, e o que o autor denomina de "equilíbrio ótimo"[35]. O procedimento é resultante de equivalências de elementos essenciais e, após identificar que ambas satisfazem esses critérios, avaliam-se as qualidades adicionais oferecidas (ou avaliam-se os pontos negativos de cada uma delas) e toma-se uma decisão, a fim de conquistar um consenso de tipo fático. Em contrapartida Dworkin (*apud* Atienza, 1997b, p 10) sustenta que tanto os casos fáceis quanto os difíceis possuem uma única resposta correta e que o juiz não exerce nenhum papel discricionário para determinar o resultado.

Alchourrón e Bulygin (1971) afirmam que os casos difíceis são decorrentes das lacunas do Direito e que as mesmas podem ser classificadas em três tipos: de informação (quando não existem informações suficientes para subsumir o caso à regra; faltam dados que permitem aplicar norma ao caso); de reconhecimento (quando existem informações referentes ao caso, mas elas não permitem subsumir com segurança o caso à regra; impedindo o reconhecimento da regra a ser aplicada); e a ausência de norma propriamente dita, quando não existe nenhuma norma que trata sobre a matéria.

Para eles, normas[36] são sentenças condicionais compostas por duas partes: o antecedente que estabelece uma descrição de casos genéricos (β, no esquema abaixo), ou seja,

---

[35] Sautter e Ghidolin (2005, p. 09) definem *equilíbrio mínimo* como o conjunto das exigências essenciais dos valores fundamentais, caso essas exigências essenciais sejam compatíveis entre si; caso contrário, não existe equilíbrio mínimo. Já o *equilíbrio ótimo* é definido como a melhor solução quando ponderamos as exigências não essenciais das diferentes soluções.

[36] Hans Kelsen (1986) sustenta a tese mais ampla sobre a natureza das normas jurídicas, a saber, classifica o ordenamento jurídico em: a) normas de competência (corresponde à parte estática do sistema) que concedem direitos e atribuem poderes (competências); a estrutura do enunciado normativo não está na forma condicional e não possui sanção. Por exemplo, o Art. 5º IV da CF/88 "*É livre a manifestação do pensamento*". b) já as normas de regulação da conduta (que representam a parte dinâmica do sistema) são compostas pelas normas primárias

o fato típico, a tipicidade, o componente descritivo de casos gerais. A segunda é o consequente da norma, composto por um enunciado prescritivo de sanção (Φ) e o operador deôntico (μ)[37], que determinam as consequências normativas do caso que se submete ao caso genérico, em símbolos, Se β então μ Φ.

Norma geral	**Se (caso genérico), então (consequência genérica).**
Caso particular	**Caso particular φ**
Solução particular	**Solução particular μ para o caso particular φ**

Mas essa tarefa de subsumir nem sempre é tão clara e operacional como parece, pois o juiz pode estar diante de situações adversas que impedem a resolução por vaguidade linguística, falta de informação necessária, falta de norma ou acordo sobre um valor comum. Mesmo diante de todas as informações do caso torna-se difícil enquadrá-lo no genérico (β), havendo assim, tanto a possibilidade de subsumir quanto não subsumir o caso particular. A este tipo de situação denomina-se de lacuna de reconhecimento (Alchourrón e Bulygin, 1971, p. 31).

Outra classe de casos difíceis ocorre quando não há informações suficientes para submeter o caso à regra, situação denominada por Alchourrón e Bulygin (1971) como lacuna de informação. As regras existem, mas o agente não dispõe de elementos suficientes para garantir o resultado por falta de provas efetivas.

Já no segundo tipo a dificuldade está em encontrar uma justificativa para uma decisão normativamente adequada ou justa, ou seja, envolve questões de ordem valorativa, a saber, éticas, morais, políticas, culturais, etc., quando não há consenso diante de uma única resposta. Surgem divergências em relação à escolha ou definição clara do valor. O caso pode não ser difícil, mas o problema é definir um valor como predominante em relação aos demais. A

---

que descrevem a conduta exigida e as normas secundárias que estabelecem as sanções que devem ser aplicadas pela conduta contrária às normas primárias. É nesse segundo grupo de normas que encontramos a estrutura condicional aplicada. Por exemplo, no Art. 138 do Código Penal: "*Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime* (parte antecedente - descritiva), *pena, detenção, de seis (6) meses a dois (2) anos, e multa*" (consequente – sanção que deverá ser aplicada pela violação da conduta exigida). Cabe ressaltar que em alguns casos a parte descritiva e prescritiva estão reunidas no mesmo enunciado normativo (norma acima), enquanto que em outras situações a descrição aparece em uma determinada norma e a prescrição está codificada em outra.

[37] Operador deôntico determina a consequência da parte antecedente na norma, ou seja, "dever", "obrigar", "proibir", "permitir", entre outros. Exemplo: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direitos e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" e, portanto, *deverá* repará-lo.

decisão pode ser difícil também em razão da expectativa que a sociedade deposita no caso em discussão.

Por fim, temos aqueles originados pelas imprecisões linguísticas, vaguidade ou textura aberta da linguagem. O problema está situado no âmbito conceitual e não fático. Empiricamente isso ocorre quando há discussões acerca da definição ou caracterização conceitual. Não há uma demarcação exaustiva de conceito, tornando-o passível de múltiplas interpretações, discussões sobre sua pertinência e aplicabilidade. Logo, estes fatores dificultam a tarefa do operador na busca de uma solução segura e justificável. Assim, os casos difíceis são consequência do surgimento de lacunas no Direito.

Outros autores, como Hart, partilham da tese de que as lacunas e, por consequência, a identificação de casos de difícil solução têm origem na textura aberta da linguagem. A expressão "textura aberta" foi tratada pela primeira vez por Wittgenstein e pode ser caracterizada da seguinte maneira. A textura aberta é, por definição, "a possibilidade permanente da existência de uma região de significado em que não há uma segurança se a palavra se aplica ou não" (Struchiner, 2002, p. 06). Esse problema ocorre com a maioria dos conceitos empíricos, por isso a verificação de afirmações raramente será conclusiva. Segundo Struchiner, a textura significa que os conceitos empíricos não apresentam uma definição exaustiva (pode-se reduzir ou estender o escopo do conceito), podendo surgir espaço para as dúvidas sobre o seu significado (flexibilidade de definição). As definições, sejam elas amplas e/ou restritas demais, podem ser motivadas por fatores não intencionais ou intencionais, a fim de obter sucesso a todo custo em uma disputa. Para melhor compreender essas afirmações fazemos uso da metáfora do "foco de luz" descrita por Carrió (1998, p. 33). Quando apontamos um foco de intensa luminosidade contra uma parede, percebemos um centro de luz em que agrupam os casos típicos, ou seja, aqueles em nos garantem a certeza da sua aplicação. Porém, conforme o caso for se afastando da luminosidade vai surgindo um espaço de obscuridade o qual não sabemos exatamente como enquadrar até que identificamos a total escuridão. O mesmo vale para conceitos, ou seja, existem aqueles que possuem uma identificação clara quanto ao seu significado e outros que permanecem na penumbra entre a luminosidade intensa e a escuridão. Logo, conceitos empíricos não nos permitem definição exaustiva, sempre possibilitando ampliar ou restringir o escopo das suas compreensões.

O segundo fator que deve ser ressaltado é que a textura ocorre também entre as normas em vista dos termos e conceitos que as compõem. Não existe procedimento capaz de identificar todos os casos possíveis com segurança. Alguns conceitos podem ter uma região de penumbra devido às variadas possibilidades de significado e aplicação. Exemplo de: perigo

eminente, prazo razoável, justiça, alta velocidade, propriedade, sequestro, função social, razoabilidade, moralidade pública, etc.

Para Hart (2001, p. 134) existem casos que serão resolvidos de maneira clara, pois fazem parte dos casos simples e ordinários, ou seja, do centro do "raio de luz". Por outro lado, haverá aqueles que não serão solucionados de maneira simples e operacional, como imaginavam os formalistas, pelos critérios e regras expressos no Direito. Para isso serão necessários elementos exteriores às regras. Esse tipo de problema é resultado da "textura aberta" da linguagem. Logo, torna-se difícil abarcar todas as situações com um conjunto limitado de símbolos em razão da infinita possibilidade de casos. Além disso, as regras são elaboradas num tempo e espaço característico e normal, não contemplando as situações excepcionais que põem à prova as normas, a habilidade e criatividade do Poder Judiciário. É neste momento que surgem as dificuldades. Os problemas dos casos difíceis têm origem, para Hart, em dois fatores, a saber, pela existência de inconsistência de normas e vaguidade da regra de reconhecimento ou dos conceitos que compõem as regras primárias. Neste caso surgem duas novas situações.

A primeira ocorre porque os conceitos que compõem a regra de reconhecimento impedem a identificação dos casos e a garantia da validade das regras primárias. Em outras palavras, haverá casos nítidos para sua tipificação e, em outros, razões tanto para afirmar quanto para negar a tipificação ou validação da regra. Mais uma vez nos utilizamos da metáfora do foco de luz de Carrió. Alguns serão enquadrados no núcleo "sólido" do conceito (certeza, centro do raio de luz) e outros na zona de penumbra (dúvida, conforme se distancia do raio torna-se obscuro) da regra geral. Além disso, normas são gerais e servem de guia no direcionamento da decisão e os padrões de interpretação podem não resolver certas dificuldades, pois elas mesmas são expressas na linguagem e estão sujeitas às imperfeições da linguagem e da interpretação.

No segundo caso, a ambiguidade é resultante da definição limitada (por questões de fato) dos conceitos que compõem as regras primárias, que é propriedade tanto dos termos quanto das normas. Isso pode gerar aquilo que Hart (2001, p. 134) qualificou como casos de "penumbra" ou "zona da franja" em que não há certeza quanto a subsunção à regra.

Sendo assim, Hart sustenta que a existência da textura aberta é inevitável, necessária e positiva, pois haverá, para uma classe de casos, regras que proporcionam a resolução de maneira formal, garantindo a segurança jurídica. Por outro lado, é preciso deixar em aberto certas questões para serem apreciadas no momento oportuno e, conforme a necessidade, permitindo uma atualização e relação mais estreita entre realidade social e Direito.

Neste sentido, a textura desempenha uma função fundamental para esta atividade, pois incorpora as oscilações que a sociedade, o Direito e a própria linguagem exigem. Neste sentido, o juiz deve subsumir os casos claros e nas questões de penumbra deve desenvolver sua capacidade criativa e construtiva. Além disso, Struchiner (2002, p. 122) afirma que textura aberta possui vantagens, pois incorpora as oscilações entre a certeza e a necessidade de que certos problemas sejam solucionados no momento oportuno. Ela contribui para o melhoramento das regras jurídicas para aqueles casos de penumbra. A textura nada mais é do que uma característica da própria linguagem e que contribui para a comunicação e permite que certos termos gerais passem a englobar as novidades da vida.

O resultado das vaguidades linguística e fática podem ser as responsáveis pela origem dos casos difíceis. Neste sentido sugerimos uma classificação da vaguidade entre três níveis e a conexão e implicação entre eles.

1. No nível epistemológico somos limitados cognitivamente, seja do ponto de vista lógico ou fático, isto é, não temos a capacidade de pensar nem de prever todos os fatos, tampouco na área jurídica. Esse problema também é mencionado por Hart (2001, p. 143) quando descreve essa natural incapacidade humana de antecipar o futuro e, consequentemente, produz indeterminações.

2. Já no nível da legislação ocorre uma subdivisão em: a) impossibilidade cognitiva, onde o legislador é limitado (cognitivamente) e não consegue prever todos os casos futuros. Além disso, há a indeterminação de objetivos, metas e interesses a respeito das normas. Ele procura elaborar normas mais abrangentes possíveis ou restritivas a fim de evitar problemas que inviabilizam a obtenção de solução normativa, mas isso pode produzir a vaguidade de conceitos e normas. b) Nos problemas semânticos as normas tornam-se muito abrangentes, não exaustivas ou muito restritivas, não abarcando muitos casos ou casos inéditos. Este nível (2b) é consequência de (2a), que por sua vez é resultante da limitação no nível 1. Tal problema, no nível da elaboração legislativa, será constatado, inevitavelmente, no nível 3 da aplicação jurídica (fática).

3. Por fim, o nível de aplicação (julgamento) pode ser dividido em: a) problema semântico ou lacuna de reconhecimento (Alchourrón e Bulygin, 1971, p. 31), quando aparece uma imprecisão linguística. A linguagem não permite abarcar todas as situações fáticas e seus conceitos (que compõem normas) não possuem definição exaustiva (caso de penumbra). A superação da vaguidade depende do contexto em que o conceito será usado. Essa situação está situada no nível empírico (exemplo: conceitos como “propriedade”, “razoabilidade”, “tempo hábil”, “função social”, “justiça”) e resulta das vaguidades de nível 1 e 2. b) Já o problema

fático conhecido como lacuna de informação, ocorre quando surgem situações novas ou casos que possuem poucas informações a seu respeito. Faltam informações necessárias para compreender o caso e tudo que se dispõe é insuficiente para subsumir o caso à regra, dificultando o enquadramento no caso genérico. Esta forma de vaguidade é decorrência do nível 2, que por sua vez deriva do nível 1.

A distinção de tipos de casos jurídicos tem sido discutida e reconhecida por vários autores, pois não há meios jurídicos eficientes capazes de antecipar todas as futuras possibilidades. Neste sentido, torna-se inevitável o surgimento de espaços de incerteza jurídica (vazios) e do aparecimento dos chamados casos difíceis.

Sendo assim, para Hart (2001, p. 143), todo sistema jurídico deve atender a duas necessidades sociais. Que as regras possam, na maioria das vezes, ser aplicadas com segurança a fim de resolver os casos de maneira formal, garantindo a segurança jurídica. Por outro lado, deixar em aberto certas questões para serem apreciadas no momento oportuno, conforme a necessidade e o caso concreto, permitindo com isso, uma atualização e relação mais estreita entre realidade e Direito. Nesse caso o juiz deve desenvolver sua capacidade criativa e construtiva com o objetivo de proporcionar a melhor solução.

Assim, podemos afirmar que um caso pode ser reconhecido como de difícil solução por quatro razões: 1) Teórica – quando a teoria de base permite que o caso possa ser subsumido em mais de uma solução perfeitamente válida e que conduz a soluções distintas. O deliberador deverá analisar e refletir para encontrar a melhor alternativa, que ele considerar, para o caso[38]; 2) Factual – quando existem dificuldades para identificar a exata subsunção do caso por falta de informações relevantes ou pela própria complexidade do caso[39]; 3) Deliberador – o agente tem dificuldade em reconhecer a solução adequada (limitação pessoal), pois estão envolvidas questões normativas, éticas, sociais, entre outras. Porém, outro deliberador pode reconhecer claramente a solução baseada em uma norma. 4) Linguagem – o caso mostra-se difícil por limitação da linguagem ou imprecisão de termos que compõem as normas, que o próprio Hart denomina de textura aberta. Um exemplo que reflete essa situação é a exigência do requisito da "idoneidade moral" para o ingresso na OAB. O termo possui uma vagueza ou uma imprecisão linguística. A seguir faremos a análise da terceira classe de casos sugerida por Manuel Atienza, a saber, os casos trágicos que envolvem dilemas ou conflitos entre princípios no Direito.

---

[38] Atienza (1989) afirma que diante de casos difíceis é preciso identificar as exigências essenciais (equilíbrio mínimo) de ambas as respostas válidas e as vantagens ou desvantagens (equilíbrio ótimo). De posse dessas informações é possível definir a solução mais adequada ao caso.

[39] Os autores Alchourrón e Bulygin (1971) denominam esse tipo de problema como lacuna de informação.

1.3 Os casos trágicos são aqueles em que não encontramos solução sem que algum valor essencial do ponto de vista jurídico e moral seja sacrificado (Atienza, 2002, p. 335), ou aqueles em que há pelo menos duas soluções legitimamente válidas, embora nenhuma delas dispõe de elementos acima do "equilíbrio mínimo" descrito por Atienza (1989, p. 101).

Essa classe de casos já está presente em Leibniz, (Artosi; Pieri; Sartor, 2013, p. 75 - 78), a partir de uma taxonomia dividida em "casos duvidosos" e "casos perplexos", embora a literatura jurídica atribua esse tratamento sistemático a Ronald Dworkin (Ben-Menahen, 1993, p. 199). Os primeiros são aqueles em que não estamos certos sobre qual das alternativas deve ser escolhida e que parecem equivalente aos casos difíceis de Dworkin. Já os casos perplexos referem-se a um conflito particular em que ambas alternativas estão fundamentadas por normas, porém trata-se de um conflito entre regas ou princípios distintos aplicados a um caso particular. Sua origem pode estar situada na própria norma ou no caso específico.

Os casos trágicos envolvem conflito de princípios, dilemas entre valores não negociáveis e que, ao final, se pretende conquistar um consenso de tipo ideal ou um equilíbrio entre alternativas inegociáveis. Atienza descreve ainda que os casos trágicos podem ser divididos em dois tipos, a saber, resultante da incompatibilidade entre uma norma do ordenamento jurídico e um valor moral do agente (entre sistemas distintos) e da incompatibilidade entre valores jurídicos e que não oferecem uma reposta correta. Tanto na primeira situação quanto na segunda percebemos que os aspectos particulares do agente acabam sendo determinantes no processo deliberativo e as decisões deixam de ter um caráter neutro. Exemplos de casos trágicos: 1) transfusão sanguínea envolvendo adeptos da religião Testemunhas de Jeová (conflito entre dois princípios – "Direito à Vida" e "Liberdade Religiosa"); 2) aborto de fetos anencéfalos (conflito entre dois princípios – "Direito à Vida do nascituro" e "Dignidade Humana da mulher e familiares"). O dilema é causado porque os princípios em conflitos não possuem prevalência de um sobre outro. Os princípios não estão em conflito no sistema, mas o dilema ocorre no caso específico.

É preciso uma argumentação que explore não apenas as condições essencialmente jurídicas, mas também valorativas inerentes ao próprio caso. Neste sentido, destaca-se a necessidade de ampliar os elementos que podem auxiliar na decisão jurídica racional. Entretanto, essa nova situação não implica em decisão irracional, por se distanciar dos critérios de decisão racional proposto por Atienza, pois a exigência faz-se necessária em vista das transformações sociais e técnicas que, muitas vezes, as normas jurídicas não conseguem acompanhar. Para Atienza (1997b, p. 25) o fato de não existir uma resposta correta não implica que as demais alternativas não sejam equiparáveis, isto é, a falta de uma boa resposta

não impede que qualifiquemos as demais como piores, pois o dever do operador, nesses casos, é optar pelo mal menor e, além disso, que a decisão não tenha caráter racional. O mesmo ocorre com os dilemas morais, pois Gowans (1987) admite que frente a um caso em que não há uma solução correta podemos perceber que alguma delas pode ser melhores em relação às demais.

Atienza (1989, p. 102) sustenta ainda que se realmente os dilemas existem, e são resultantes de diversos fatores. O primeiro refere-se ao aumento de "regras de fim" (de princípios ou metas do ordenamento que pretendem atender a todos, ampliando os direitos sociais) e proporcionalmente a diminuição ou ausência de "regras" (normas condicionais), exigindo soluções baseadas em princípios que entram em conflito no caso específico.

O segundo motivo refere-se à distinção entre equilíbrio e compromisso. O compromisso trata da análise de interesses que se articulam com o objetivo de conquistar um consenso de tipo fático (em função de um valor comum), ou seja, é a mensuração das condições essenciais e não essenciais e disso resulta a definição da escolha em um caso difícil. No compromisso basta que as partes entrem em acordo com relação ao melhor resultado. Já o equilíbrio é o resultado da articulação entre valores últimos do sistema (princípios, metas, regras de fim) e que não cabe recorrer a nenhum outro valor de ordem superior. O equilíbrio (consenso de tipo ideal) exige que a solução do caso trágico seja, além de correta, a melhor - uma boa resposta.

O operador, nos casos trágicos do Direito, defronta-se com um dilema (assimétrico) em que dois princípios entram em colisão e, a primeira vista, não há uma única justificativa racional e jurídica em favor de A ou B; ambas estão no mesmo nível. Nessa situação (igual ao exemplo de 2b) é preciso avaliar também as expectativas e compreensões da sociedade civil. A decisão não se apoia na certeza e segurança jurídica. Entretanto, existe uma diferença em relação aos dilemas morais que são resolvidos simplesmente pelo fato de se escolher por uma das alternativas. No Direito, mesmo diante do dilema, é possível justificar (fundamentar) a decisão jurídica a partir do ordenamento. Na maioria das vezes utilizam-se os princípios com fundamentação para o caso específico e, consequentemente, adere-se a uma alternativa razoável do ponto de vista jurídico e social.

Já os dilemas morais podem ser divididos em simétricos e assimétricos (Tappolet, 2003). No primeiro caso a escolha é feita entre alternativas idênticas, por motivos ou sentimentos subjetivos do agente e não por fatores racionais. Ademais, a alternativa selecionada talvez não sirva de parâmetro para novas situações. Mesmo assim uma decisão deve ser tomada e, neste sentido, a racionalidade encontra-se exatamente no ato de deliberar e

a irracionalidade em deixar de escolher em razão do problema. Não é possível permanecer sem ação como sucede na ilustrativa história do asno de Buridan que diante da escolha entre o pasto do lado direito da estrada ou do lado esquerdo acaba morrendo de fome. A tragédia, o conflito, é, segundo Berlin (1981), um elemento inerente a capacidade de deliberar da natureza humana e não podemos deixar de agir ao perceber a dificuldade ou por não ter a certeza do que é fazer a coisa certa – talvez mesmo jamais saibamos.

Já nos casos assimétricos a escolha é feita através da análise racional das alternativas disponíveis, ou seja, é possível identificar razões que favorecem uma das alternativas em detrimento a outra opção. Para ilustrar essa classe utilizamos o seguinte exemplo: "imaginemos dois filhos gêmeos que necessitam de um transplante de órgão e que apenas o pai é compatível com as crianças. Neste caso, o pai decide doar para um deles enquanto o outro aguardará na fila dos transplantes". A escolha, embora difícil, pode ser feita por análise da saúde fragilizada de um dos filhos (racional e técnica) ou por aspecto subjetivo do agente. Esse pai tem a chance de salvar apenas um deles e parece irracional deixar de escolher, sejam quais forem os motivos e dificuldades. Outra situação semelhante pode ser visualizada em casos de gêmeos siameses em que a cirurgia de separação é necessária, mas uma das crianças poderá não sobreviver. A decisão envolverá razões científicas e emocionais, mas não evitará possíveis consequências negativas que dificultam a escolha como o arrependimento ou a culpa. Outros dois fatores que podem atrapalhar a escolha são o fato do agente moral estar diretamente afetado pela escolha, ou seja, ele é parte integrante do dilema – ele vive o problema, e, em muitos casos, a falta de tempo suficiente para a reflexão e análise das alternativas disponíveis.

Por fim, sustentamos que a simetria ou assimetria dos dilemas morais também possui uma "orla de imprecisão ou de textura aberta". Isso poder ser percebido, por exemplo, na discussão em torno da "escolha de Sofia" (Styron 2010). Um agente moral reconhece o caso como assimétrico e identifica elementos racionais para a escolha do menino, enquanto outro agente como um caso simétrico, pois decidir pela vida do menino ou a menina é uma atitude incomensurável.

Dessa forma, sugerimos um quadro comparativo da taxonomia de casos jurídicos e morais.

Casos	Direito	Moral
Claros	A solução está claramente presente no ordenamento jurídico. Justificação da escolha é feita por um silogismo jurídico ou subsunção.	A escolha está baseada em critérios, regras ou princípios que determinam claramente a escolha. Justificação é racional.
Difíceis	Caso em que é possível identificar soluções distintas e válidas para o mesmo caso. Através de uma análise das condições essenciais é possível identificar vantagens (equilíbrio ótimo) de uma sobre a outra, permitindo estabelecer a escolha mais adequada ao caso.	Situação em que o agente está diante de dois deveres morais. Mas é possível identificar, por análise das alternativas, a prioridade de uma sobre a outra e definir a escolha. Entretanto, essa deliberação consciente não evita possíveis consequências como culpa, arrependimento por não ter escolhido a outra opção, seja pelo número reduzido de razões ou por descobrir, posteriormente, falha na fundamentação por uma limitação humana.
Trágicos ou Dilemas	Fato que envolve conflito entre princípios e a análise não supera o equilíbrio mínimo; não é possível identificar vantagens ou desvantagens em relação a outra opção. O agente deve escolher uma alternativa, justificar juridicamente a sua importância e sobreposição, garantindo a legitimidade do resultado; depende de discricionariedade do agente. Nota importante: princípios nunca estão em contradição em sentido estrito, mas em concorrência no caso específico. A escolha ocorre por ponderação das alternativas disponíveis associadas ao caso.	A escolha entre as alternativas do dilema pode ou não envolver fundamentação. A razão para a escolha está baseada na necessidade de tomar uma decisão. O agente não encontrará razões que justifiquem a sobreposição de uma das alternativas. Ele deverá deliberar ponderando entre as opções, semelhante ao que acontece no Direito. Além disso, a deliberação pode produzir arrependimento. Em analogia com o Direito, os princípios morais nunca estão em contradição, mas em concorrência no caso específico. A escolha ocorre por ponderação das alternativas associadas ao caso.

Cabe, portanto, ao agente, quando estiver diante de circunstâncias reconhecidas como trágicas, escolher, dentre os princípios conflitantes, aquele que oferece uma resposta mais adequada ao caso. Deve elaborar sua argumentação em favor de um em detrimento ao outro levando em conta fatores ou variáveis do caso que permitam indicar a superioridade de um sobre o outro (análise do peso de cada princípio em relação ao caso). É a situação em que se decide de maneira razoável e não por critérios da racionalidade lógica estrita (critérios já apontados anteriormente). Esta situação não é a ideal, mas é condição necessária para a atualização e dinamismo do Direito. Além disso, o resultado não parece, *prima facie*, resultar em regra geral como aconteceria numa decisão racional. Ela poderia servir apenas como instrumento inspirador e não justificador para uma nova escolha, pois as variáveis e aspectos valorativos podem ser diferentes em uma nova situação. O surgimento desta classe de casos, se realmente existirem, não conduz a decisões injustas ou inseguras. Logo, são situações inevitáveis no mundo do Direito, pois "la vida es tragedia, y la tragedia es perpetua lucha, sin victoria ni esperanza de ella; es contradicción" (Unamuno, *apud* Atienza, 1997b, p. 28).

Portanto, a expressão "trágico" possui textura aberta uma vez que o mesmo caso pode ser qualificado de maneira distinta para distintos deliberadores. A natureza trágica possui

caráter apenas epistemológica, ou seja, o caso em si não é fácil, difícil ou trágico, mas passível de identificação pelo agente baseado em seu paradigma, nas regras do Direito, no receio dos sentimentos resultantes da sua escolha (arrependimento, dúvida), de que seus valores possam determinar a escolha (não há neutralidade no processo de deliberação) e na preocupação com o seu papel de cidadão e de juiz. Analogamente, a moralidade, imoralidade, o caráter claro, difícil ou trágico de um ato avaliado moralmente emerge da qualificação que o agente moral faz a partir do seu paradigma, da teoria moral, regras e princípios.

Finalizamos esse trabalho com afirmações de Berlin (1981, p. 167 ss), segundo o qual o mundo em que nos defrontamos nos permite escolher fins últimos, exigências absolutas e a qualquer momento essas escolhas, inevitavelmente, entrarão em conflito, exigindo sacrifício de alternativas no contexto político e, por analogia, nos contextos jurídico e moral. Essa realidade inevitável é decorrente da própria condição de agente livre para a escolha. E acrescenta que se tivéssemos a garantia de resultados seguros, então a angústia da escolha (sentimentos resultantes) desapareceria e da mesma forma a importância da própria escolha. O conflito ou a tragédia é inevitável na vida humana, pois cada agente deposita metas, objetivos, ideais em elementos distintos e, muitas vezes, incompatíveis entre si e a escolha torna-se inevitável baseada na visão que temos e pela qual somos guiados. Além disso, pelas próprias categorias morais e conceitos que fazem parte da identidade e daquilo que nos torna seres humanos passíveis de erros e acertos, sem nos eximirmos das responsabilidades e consequências de nossas escolhas.

Por essas razões, a formação técnica, humana, moral e global do operador do Direito deve estar entre as preocupações constantes, pois ele estará diante de circunstâncias que podem ser qualificadas em fáceis, difíceis e trágicas e suas escolhas terão consequências (positivas ou negativas) jurídicas, sociais e até mesmo pessoais. Além disso, ele deve estar atento para que sua tarefa deliberativa cumpra com sua função precípua, a saber, oferecer ao cidadão não apenas segurança jurídica, mas fazer justiça. E quando necessário, adequar os casos que o Direito não consegue atender por subsunção aos valores morais (da Moral Social) e princípios, sejam eles explícitos ou implícitos. Os primeiros são aqueles que estão codificados ou expressamente formulados no texto normativo, por exemplo, no Art. 5º II o "Princípio da Legalidade". Já os implícitos não estão expressamente dispostos em texto normativos e dependem da interpretação do operador; por exemplo, o Principio da adequação social, Princípio da insignificância e Princípio da razoabilidade. Portanto, eles exercem também a função de acomodar as normas que cotidianamente são criadas a fim de garantir a sistematização e coerência ao sistema normativo e às decisões.

Referências

ALCHOURRÓN, C; BULYGIN, E. *Normative systems.* Springer Verlag: New York, 1971.

ARTOSI, A; PIERI, B; SARTOR, G. *Leibniz: logico-philosophical puzzles in the law. Philosophical questions and perplexing cases in the law.* Vol 105. Springer: New York, 2013.

ATIENZA, M. *Derecho y argumentación.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997a.

_____. *Los Límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos*. In: Doxa - Isonomia, n. 6, 1997b. p. 7 – 30.

_____. *Sobre lo razonable en el derecho.* In: Revista Española de Derecho Constitucional. N. 27, 1989, p. 93 – 110.

_____. *Para una teoría de la argumentación jurídica.* In: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 8, 1990, p. 39 – 61.

_____. *As razões do direito.* São Paulo: Landy, 2002.

_____. *Las piezas del derecho.* Barcelona: Ariel, 2005.

_____. *Ensaios sobre teoria do direito e filosofia*. Rio de Janeiro: Eselvier, 2010.

BIX, Brian. *H. L. A. Hart and the open texture of language.* Law and Philosophy. England: Springer Netherlands, 1991, n. 1, vol 10, p 51 – 72.

BEN-MENAHEN, Hanina. *Leibniz on hard cases.* In: Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy. Vol 79, 1993, p. 198 – 215.

BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade.* Coleção Pensamento Político. Brasília: Editora UnB, 1981.

CARRIÓ, G. *Notas sobre derecho y lenguaje.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *A justiça de toga.* São Paulo: Martins Fontes, 2010

ENDICOTT, Timothy. La vaguedad y el estado de derecho: una crisis en la adjudicación de derechos humanos. In: *Derechos y Humanidades,* Nº 19, 2012, p. 129 – 140

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GHIDOLIN. Clodoveo. *Os casos difíceis como consequência da textura aberta da linguagem.* In: Revista Direito em Debate. Ijui: Unijui, 2006, vol. 26, p. 141 – 152.

_____. Classificação de casos jurídicos: uma analogia com os dilemas morais. In: *Revista Jurídica da Fadisma.* Santa Maria: Fadisma, 2008, vol, 3, p. 137 – 149.

GOWANS, Christopher. *Moral dilemmas.* New York: Oxford University Press, 1987.

HART, H. *O conceito de direito.* Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria geral das normas.* Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1986.

LARIGUET, G. *Conflictos trágicos genuinos, ponderación y límites de la racionalidad jurídica.* In: Doxa - Isonomia, n. 24, abril de 2006, p. 94 – 113.

LYON, David. *Open texture and the possibility of legal interpretation.* Disponível em: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=212328. Acesso em: junho de 2005.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Retórica e o estado de direito*. Rio do Janeiro: Elsevier, 2008.

NAVARRO, P. *Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho.* In: Doxa - Isonomia, n. 14, 1993, p. 243 – 268.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica.* São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RUFFINO, Marco. *Frege`s views vagueness.* Manuscrito. Rev. Int. Fil. v. 26, n. 2, Campinas/São Paulo, jul.-dez. 2003, p. 253 – 277.

RUSSELL, Bertrand. *Vagueness.* The Australasian Journal of Psychology and Philosophy, 1 (june, 1923), p. 84 – 92.

SAUTTER F.; GHIDOLIN, C. *Sobre uma taxonomia dos casos jurídicos.* In: Estudos Jurídicos. São Leopoldo (RS): UNISINOS, v. 38, nº 3, 2005, p. 5 – 10.

STATMAN, Daniel. *The debate over the so-called reality of moral dilemmas.* Philosophical Papers, vol. XIX, 1990, p. 191 – 211.

_____. *A new argument for genuine moral dilemmas?* The Journal of Value Inquiry. Vol., 1992, p. 565 – 575.

_____. *Hard cases and moral dilemmas.* Law and Philosophy, vol. XV, 1996, p. 117 – 148.

STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STYRON, William, *A escolha de Sofia.* São Paulo: Editora Geração, 2010.

TAPPOLET, C. *Dilemas morais: os dilemas morais e os deveres prima face.* Dicionário de ética e filosofia moral. São Leopoldo: UNISINOS, 2003, p. 444 – 450.

Artigo 5

DILEMAS JURÍDICOS E MORAIS: COMPARAÇÃO E CONTRASTE
LEGAL AND MORAL DILEMMAS: COMPARISON AND CONTRAST

Clodoveo Ghidolin[40]

Resumo: O objetivo desse trabalho é elaborar um quadro comparativo com os componentes das deliberações moral e jurídica, a saber, quanto ao deliberador, ao objeto de deliberação, ao processo de deliberação, e ao resultado da deliberação. Em seguida, descrever cada um dos critérios relacionados aos componentes desses tipos de deliberação a fim de apresentar os pontos de aproximação, as diferenças, e conexões que podem existir entre os mesmos.

Abstract: The aim of this work is to develop a comparative framework with components of moral and legal deliberation, namely, the deliberator, the object of deliberation, the deliberation process, and the result of deliberation. Then, I will describe each of the criteria related to the components related of these types of deliberation in order to present points of approximation, differences and connections that can exist between them.

Palavras-chave: Deliberação Moral – Deliberação Jurídica – Casos Trágicos

Key-words: Moral Deliberation – Legal Deliberation – Tragic Cases

Introdução

Nosso propósito nesse trabalho é abordar três tópicos relacionados a dilemas morais e jurídicos. O primeiro tópico trata da caracterização dos dilemas conforme descreve Bobbio (1999, p. 81), como aquela situação de conflito em que o agente encontra dificuldade para escolher entre as alternativas ou tomar uma decisão por excesso de normas, tal que elas não podem ser simultaneamente cumpridas. Isso pode ocorrer em qualquer sistema de normas, mas aqui trataremos especificamente da esfera Moral e do Direito. Além disso, abordaremos a questão sobre a natureza dos dilemas e a questão dos critérios para solucioná-los.

Os conflitos morais têm sido objeto de debate principalmente a partir da obra de Bernard Williams (1965) e fazem parte daquelas situações em que o agente deve escolher entre exigências distintas e que não podem ser realizadas ao mesmo tempo. Dessa maneira, o dilema moral não é um caso de contradição lógica, pois sua estrutura não tem uma forma do tipo "p é obrigatório"[41] e "p não é obrigatório", mas ele deve escolher entre "o dever moral de

---

[40] Doutorando em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM; Professor da Faculdade de Direito de Santa Maria – Fadisma. E-mail: cghidolin@gmail.com

[41] Faço uma distinção técnica entre "*dever*" e "*obrigação*", pois será útil para a análise dos dilemas morais, embora na literatura os termos sejam tomados como sinônimos. O conceito de "dever" refere-se a um enunciado do sistema Moral que orienta uma conduta, que depende da convicção, autonomia e liberdade do agente com o objetivo de proteger um valor Moral, exemplo, "cumprir os compromissos firmados". Já o conceito de

fazer p" e o "dever moral de fazer q", onde "p" e "q", na situação dilemática, não podem ser realizados simultaneamente.

Já os dilemas jurídicos estão relacionados a uma classificação que pode ser encontrada em Leibniz (Artosi; Pieri; Sartor, 2013) a partir dos "casos duvidosos" e "casos perplexos", posteriormente Dworkin (2002) [1977] com os "casos fáceis" e "casos difíceis" e recentemente ampliada por Atienza (2002) [1991] com os "casos trágicos" ou dilemáticos[42]. Esse assunto tornou-se recorrente nos últimos tempos em razão da necessidade constante de ter um sistema jurídico atualizado, dinâmico e capaz de oferecer resposta a todos os problemas que se apresentam aos tribunais. Em geral, os dilemas são o resultado da existência de uma *incompatibilidade*[43] entre normas (onde não é possível realizá-las ao mesmo tempo), *indecidibilidade* frente às alternativas (não há um critério claro de preferência disponível ao deliberador) e a *necessidade de decidir* por parte do agente (obrigação imposta pelo sistema).

O segundo tópico de interesse nesse trabalho é a construção de um quadro contendo quatro elementos relacionados com as deliberações jurídicas e morais, a saber, quanto *ao deliberador, ao objeto de deliberação, ao processo de deliberação, e ao resultado da deliberação,* e suas possíveis conexões. Por fim, descreveremos alguns pontos de aproximação e diferença que envolvem cada um desses elementos das deliberações.

O Quadro das Deliberações

O objetivo central desse estudo é tratar das deliberações jurídicas e morais e suas relações, mas inicialmente vamos apresentar três significados do conceito de "deliberar": um

---

"obrigação" refere-se a um enunciado prescritivo, de obediência, subordinação, imposto por um poder (legítimo ou não) e em que se recorre ao uso da força em caso de não cumprimento (coação externa) com o objetivo de proteger um valor ou simplesmente para exigir uma conduta. Em geral relacionamos as obrigações com as normas do sistema jurídico; por exemplo, a penalização daquele que pratica atos obscenos.

[42] Segundo Dworkin (2002) [1977], os casos fáceis são aqueles cuja solução está presente no ordenamento jurídico de maneira clara a partir da existência de uma norma específica e resultante da subsunção do caso a essa norma. Os casos difíceis envolvem aquelas situações em que há mais de uma solução perfeitamente válida, mas que a circunstância dificulta a escolha entre as opções disponíveis. Essa incompatibilidade é superada por um procedimento de instanciação, ou seja, são sopesadas as alternativas a partir das exigências essenciais para uma resposta válida, e as vantagens e desvantagens de uma sobre a outra. Aquela que apresentar maiores benefícios ou menores prejuízos, através de análise técnica, será adotada como solução particular a esse caso e estará sujeita a ser aplicada em novas circunstâncias. Uma terceira categoria foi acrescentada por Atienza (2002 [1991]), e ficou conhecida como casos trágicos (ou dilemáticos) que resultam em conflitos entre princípios. A decisão torna-se ainda mais complicada, pois não há, no ordenamento jurídico, uma hierarquia entre eles e a escolha acaba sendo tomada por um ato discricionário do deliberador, no caso o juiz, apoiado em argumentação, valores e normas. A diferença dos dilemas jurídicos em relação aos casos difíceis é a impossibilidade de mensurar as alternativas, pois os princípios concorrentes estão em equivalência de "peso" e hierarquia, impossibilitando uma escolha baseada em regra, clara e universal.

[43] O conceito de "incompatibilidade" é utilizado na teoria do Direito num sentido fraco para expressar o conflito entre regras, princípios, ações, deveres ou alternativas que não podem ser simultaneamente realizadas, ou seja, a existência de antinomias e não para expressar, em sentido lógico, uma contradição do tipo: (p e não-p).

filosófico, um coloquial e um jurídico. Segundo Aristóteles (1984, Livro II, p. 67ss), deliberar consiste numa atitude voluntária em que nela encontra-se o princípio racional de pensamento que move a ação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Essa escolha deve ser uma atitude voluntária por parte do indivíduo, embora nem toda atitude voluntária seja uma escolha, como por exemplo, uma atitude impulsiva. Além disso, a deliberação é caracterizada como o ato de realizar aquilo que está ao nosso alcance e fruto de nosso esforço. Desse modo, deliberamos a respeito das coisas que comumente acontecem, mas cujo resultado pode ser obscuro ou indeterminado. Dessa maneira, para Aristóteles, não deliberamos acerca de fins, mas sim a respeito dos meios que conduzem a esses fins. Além disso, o fim é aquilo que o deliberador deseja e o meio é aquilo pelo qual deliberamos e escolhemos a partir da atitude virtuosa que está em nosso poder fazer ou deixar de fazer. Em contrapartida, autores utilitaristas (Rachels, 2006, p. 104 ss) sustentam a tese inversa, isto é, de que a deliberação deve estar focada nos fins e não nos meios que devem ser utilizados, pois o objetivo da ação moral é produzir a maior felicidade. E acrescentam ainda que a ideia fundamental da teoria é que, para determinar de uma ação está certa, é preciso verificar o resultado que ela produzirá.

Já um modo coloquial considera a deliberação como uma atitude de qualquer natureza pela qual alguém resolve um caso a partir de um exame das alternativas disponíveis. Por fim, no contexto jurídico (Guimarães, 2004, p. 236) o conceito é considerado como significando o ato de decidir, resolver após exame ou na análise da causa levada a juízo. Ademais, é uma declaração de vontade após exame acurado e discussão, sobre matéria ou caso que é o objeto de uma decisão.

Ao longo do texto não vamos adotar um único conceito de deliberação, pois conforme a tese adotada pelo deliberador implicará na adoção de uma perspectiva específica. Dessa forma, ao analisar as deliberações tanto jurídicas quanto morais constatamos a presença de quatro componentes que envolvem uma escolha, a saber, o deliberador, o objeto de deliberação, o processo de deliberação e o resultado da deliberação (ver Figura 1) e para cada um deles identificamos itens a eles relacionados.

Para isso, dividimos esse quadro em quatro blocos específicos que serão desenvolvidos com o objetivo de apresentar as aproximações, diferenças, e possíveis conexões entre os respectivos blocos identificadas nas deliberações jurídicas e morais. A deliberação envolve a interelação dos quatro elementos da deliberação:

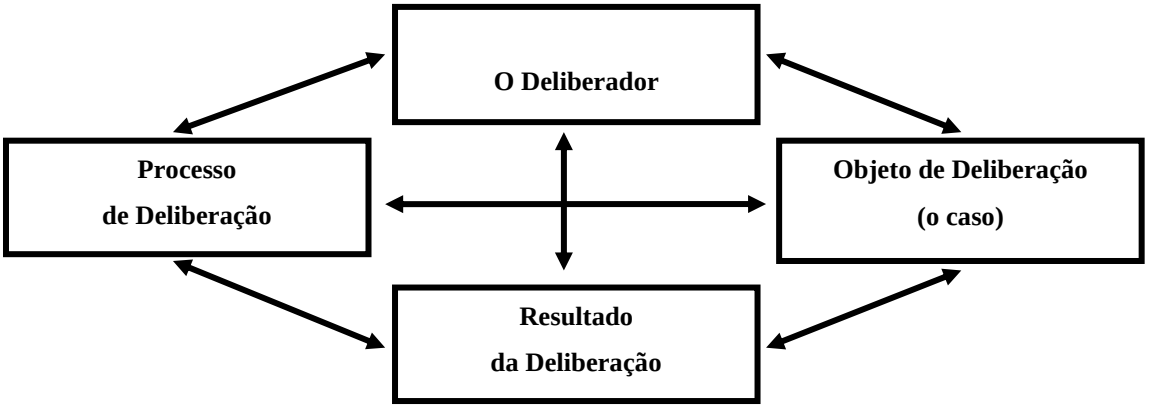


Figura 1: Quadro das Deliberações

A seguir será desenvolvido cada um dos componentes da deliberação divididos em critérios enumerados conforme as tabelas abaixo.

Tabela 1: O Deliberador

1.1	A relação entre deliberador e objeto da deliberação
1.2	O estado psicológico e epistêmico do deliberador
1.3	Os efeitos da decisão sobre o deliberador
1.4	As vivências do deliberador para o contexto da deliberação

Tabela 2: O Objeto de Deliberação (caso)

2.1	A distinguibilidade das alternativas
2.2	As dimensões ontológica e epistemológica dos dilemas
2.3	Os dilemas genuínos e os pseudo-dilemas
2.4	A meta da deliberação
2.5	A frequência dos dilemas
2.6	A incompatibilidade de alternativas
2.7	A indecidibilidade do deliberador
2.8	A necessidade de decisão de todos os casos

Tabela 3: O Processo de Deliberação

3.1	A complexidade de tipos de casos no processo de deliberação
3.2	A influência do tempo no processo de deliberação
3.3	A escolha entre as alternativas disponíveis
3.4	A diferença entre decidir e escolher
3.5	A deliberação baseada numa posição racional dedutiva (formalista)
3.6	A deliberação baseada em fatores subjetivos
3.7	A deliberação baseada numa posição principiológica

3.8	A deliberação baseada numa posição consequencialista
3.9	A classificação entre princípios e regras na deliberação

Tabela 4: O Resultado da Deliberação

4.1	A justificação interna e externa da deliberação
4.2	A revisão da deliberação
4.3	O padrão da deliberação
4.4	Os efeitos da deliberação
4.5	A prestação de contas da deliberação

As Aproximações e Diferenças na Deliberação Moral e Jurídica

Os exemplos de dilemas (casos) que serão utilizados ao longo do trabalho fazem parte de distintos sistemas de normas e não se restringem ao campo da Moral ou do Direito, pois em algumas situações só identificamos exemplos da bioética e, portanto, associados simultaneamente ao Direito e a Moral.

1 O DELIBERADOR

O objetivo dessa seção é abordar os aspectos que estão relacionados com o deliberador e que são decisivos no processo de deliberação frente a dilemas morais e jurídicos, ou seja, em que medida a aproximação do deliberador com o caso afeta a escolha, descrever a origem psicológica dos dilemas dilema e a origem interna ao sistema de normas, tratar dos efeitos positivos ou negativos das escolhas sobre o deliberador e, por fim, em que medida as vivências do deliberador auxiliam ou prejudicam as escolhas conectadas a dilemas morais e jurídicos.

1.1 A relação entre deliberador e objeto da deliberação.

A deliberação moral é distinta do procedimento jurídico, pois o agente moral está, em geral, diretamente afetado pelas alternativas disponíveis, sejam elas claras, difíceis ou trágicas. Em alguns casos ele “vive o problema”, é parte do enredo, do contexto de decisão e está inserido no caso, o que lhe causa ainda mais dificuldade para identificar qual a melhor alternativa, seja por problemas do sistema normativo ou por aspectos emocionais e subjetivos. Essa conexão direta entre deliberador e caso concreto é que dificulta a deliberação envolvendo dilemas morais. Um exemplo dessa dificuldade por ser identificada no caso descrito por Sartre (2012), em que um de seus alunos relata um conflito, pois seu irmão mais velho havia sido morto na ofensiva alemã de 1940 e ele desejava vingá-lo. Sua mãe

perturbada pela semitraição do pai (por tendências colaboracionistas) e pela morte do filho mais velho o vê como único consolo. Logo, esse rapaz encontra-se diante da seguinte escolha: partir para a Inglaterra a fim de vingar a morte do irmão ou permanecer ao lado de sua mãe e ajudá-la a viver. Outro exemplo típico é a escolha de Sofia (Styron, 2010) que, presa num campo de concentração durante a segunda guerra com seus dois filhos, é forçada por um soldado nazista a escolher um deles para morrer ou ambos seriam mortos[44].

Já no sistema jurídico Positivista o deliberador, por ser um funcionário do Direito condicionado à imparcialidade e neutralidade, encontra-se distanciado do caso (é um ator estranho e não íntimo dos demais integrantes do caso), ou seja, ele não está diretamente afetado pelo problema e tem somente o dever de oferecer uma resposta fundamentada e técnica; ele desempenha o papel de mediador e espectador diante do conflito a fim de proferir uma solução juridicamente adequada. Nesse sentido, "ele assiste o problema" e apenas em circunstâncias especiais (quando o problema afeta suas convicções ou por problemas formais exigidos pelo sistema normativo) é que o fato pode lhe causar algum efeito traumático e conflitante no ato de deliberar e isso geralmente está associado à insegurança pela ausência de normas, excesso de normas ou o receio das implicações jurídicas decorrentes da escolha, e não pelo dilema em si. Por essa razão, muitos deliberadores jurídicos não reconhecem a existência de dilemas, apenas identificam alguma dificuldade na deliberação, mas nada se compara à tarefa do agente moral. O deliberador jurídico, pela própria experiência e motivação (interna e externa), prevê qual a decisão que melhor se acomoda ao assunto e utiliza os argumentos e razões que justificam sua escolha, embora em certos casos tenha que mudar o resultado por não encontrar os argumentos necessários para legitimar sua posição original. Logo, existe uma diferença parcial entre as deliberações, pois na esfera Moral o agente está diretamente afetado enquanto no Direito o operador poderá estar afetado.

1.2 O estado psicológico e epistêmico do deliberador.

Os dilemas morais e jurídicos podem ter sua origem no estado psicológico do deliberador ou por um problema interno do próprio sistema normativo. No primeiro caso, o deliberador de posse de uma determinada teoria (moral ou jurídica) T1 pode reconhecer um caso como trágico em razão de fatores subjetivos e emocionais. Esse mesmo caso analisado por um segundo deliberador que está amparado numa teoria T2 poderá tratar o caso como um

[44] Esses casos citados exemplificam a distinção feita na nota de rodapé nº 02 entre "dever" e "obrigação". O caos de Sartre refere-se ao "dever" moral do filho em decidir permanecer ao lado de sua mãe ou vingar a morte de seu irmão, enquanto o caso de Sofia refere-se a "obrigação" imposta pelo soldado para que escolha uma das crianças ou ambas seriam mortas.

dilema aparente. Já um terceiro agente apoiado em uma teoria T3 poderá não admitir a presença de dilemas e afirmará que se trata de um problema como qualquer outro.

Dessa forma, os dilemas podem ser de natureza psicológica e reconhecidos a partir de aspectos subjetivos do agente (fatores emocionais, deliberador afetado diretamente pelo caso, conflito entre seus valores morais, entre outros). Essa situação mostra-se mais visível na esfera da Moral, pela proximidade com o caso, pela participação direta do deliberador com o caso ou por fatores emocionais envolvidos. Porém, o deliberador jurídico também pode ser afetado pelas circunstâncias de um caso, em razão da sua complexidade, dos efeitos que poderão advir da escolha, pelos valores envolvidos, o choque entre os valores do deliberador e o sistema normativo, etc. Exemplos que ilustram as afirmações acima são: o caso jurídico da transfusão sanguínea de integrantes de determinada religião e na Moral com o dilema apresentado por Sartre exposto anteriormente ou a escolha de Sofia.

Já a segunda origem dos dilemas é resultante de uma deficiência interna do sistema de normas, ou seja, é possível que o sistema tenha produzido uma incompatibilidade entre regras ou princípios e não exista um método eficiente que elimine o conflito (ou a colisão) e permita, ao agente, uma escolha segura e clara. Essa circunstância pode ser verificada em um sistema jurídico quando dois direitos entram em conflito sem uma metodologia eficiente e que elimine a natureza trágica do caso. Por exemplo, o conflito entre dois direitos: um menor concebido de uma fertilização artificial de doador anônimo que deseja saber quem são seus ascendentes e, de outro lado, a garantia do anonimato do doador. Ou, então, o caso italiano (BBC – Brasil, de 08/05/2014)[45] de uma clínica de reprodução que cometeu um erro em uma fertilização trocando embriões de dois casais e agora ambos disputam a paternidade de gêmeos que estão sendo geradas por uma das mães. Já na Moral não encontramos um caso genuíno de conflito interno a um único sistema, mas podemos constar conflito decorrente do choque de sistemas morais distintos, por exemplo, no caso hipotético descrito por Sandel (2012) do trem desgovernado que avança em alta velocidade e poderá, em poucos minutos, atingir cinco operários que trabalham nos trilhos. Nesse instante um agente moral tem a possibilidade de movimentar uma alavanca que muda a direção do trem para outros trilhos, mas isso implicará em matar um único trabalhador que também encontra-se trabalhando sobre os trilhos. O dilema é sacrificar a vida de um para salvar muitos. Na bioética podemos tratar de um caso de eutanásia em que o médico se depara com o conflito entre o princípio da beneficência e de outro da não-maleficência. Desse modo, tanto os conflitos resultantes de um fator psicológico

[45] BBC – Brasil. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/05/140508_troca_embrioes_italia_pai_ez. Acesso: 08/05/2014

quanto internos ao sistema exigem dele, pela própria condição humana, “enfrentar dilemas e ponderar até chegar a conclusões e escolhas”. (Beauchamp; Childress, 2011, p. 25).

1.3 Os efeitos da decisão sobre o deliberador.

As escolhas morais podem gerar naturalmente no agente sentimento positivo de alegria, paz, satisfação do dever cumprido, pela melhor opção ou sentimento negativo como o arrependimento, vergonha, angústia, culpa, impossibilidade de realizar ambas alternativas ou por não poder voltar atrás na escolha. Além disso, a deliberação é, na maioria das vezes, imediata sem que o agente tenha o tempo suficiente para analisar as alternativas disponíveis e decidir de maneira consciente, racional e convicta de que aquela é a coisa certa a ser feita. Um exemplo que ilustra essa afirmação é o caso clássico da escolha de Sofia.

Já no sistema jurídico as deliberações produzem efeitos semelhantes a estes pertencentes ao âmbito Moral. Uma decisão não é apenas uma escolha isolada, mas ela abre precedente para outras soluções e o agente torna-se responsável pela repercussão da sua escolha. Ele pode se sentir culpado, arrependido, e perceber, posteriormente, algum erro no processo deliberativo, mas o que torna esse caso menos grave que a deliberação moral é a possibilidade de modificar a escolha através de procedimentos formais inerentes ao sistema (os recursos). Além disso, uma escolha pode produzir efeitos negativos junto à sociedade civil que é a destinatária da decisão, pois é preciso levar em consideração que as escolhas jurídicas são procedimentos que envolvem interesses alheios, com efeito social, positivo e/ou negativo, como justiça/injusta, adequada/inadequada, válida/inaceitável, que podem não representar o anseio e expectativa da sociedade, etc. Dessa maneira, pode desencadear a desconfiança e descrédito no poder judiciário por violar esses valores gerais em que a comunidade acredita (exemplos disso ocorrem com frequência em julgamentos penais de casos com grande repercussão na mídia e que criam uma expectativa diferente do que o Direito julga como adequado e legal). Assim, os efeitos das escolhas morais e jurídicas são distintos. Enquanto na Moral eles são de natureza sentimental e subjetiva, no sistema jurídico tem um caráter predominantemente formal e social e, em algumas circunstâncias particulares, podem ocasionar efeitos psicológicos no deliberador.

1.4 As vivências do deliberador para o contexto da deliberação.

O deliberador sempre está inserido em um contexto social, histórico, cultural, intelectual, etc. que forma o seu paradigma[46], isto é, o modo como ele vai analisar e deliberar sobre casos jurídicos ou morais.

No sistema jurídico percebe-se a influência desses fatores a partir da teoria positivista do Direito que teve início no século XIX. Sua pretensão era acabar com a subjetividade das decisões a fim de garantir a segurança jurídica (normas gerais, taxativas, não retroativas, controle e estabilidade), previsibilidade e, consequentemente, a tão sonhada isonomia entre os indivíduos. Essa certeza exigia a coerência e uniformidade nas decisões dos juízes com o propósito de obter um único entendimento do significado de norma, pois as divergências entre os distintos deliberadores (pelos fatores de formação descritos acima) contrariavam essa garantia de que todos seriam tratados como iguais. Além disso, colocava em dúvida a credibilidade, a autoridade dos magistrados e provocaria um descrédito por parte do cidadão do poder que tinha a função de restabelecer o direito violado. Para Hélio Tornaghi (*apud* Portanova, 2003, p. 43) "o maior defeito de um sistema jurídico é a variação, a contradição e a incoerência nas decisões, pois isso produziria insegurança em razão dos entendimentos pessoais dos distintos operadores e uma decisão não pode ser comparada a um jogo lotérico em que cada cabeça é uma sentença".

Assim, o objetivo dessa escola foi propor a adoção de um procedimento preciso, seguro, da supremacia da técnica e baseado na neutralidade e imparcialidade do deliberador. Para Rui Portanova (2003, p. 143) esses conceitos possuem características distintas, isto é, a imparcialidade (impedimento ou suspeição) refere-se aos óbices legais objetivos, processuais que impedem o deliberador de atuar sempre que, no caso, estejam envolvidos pais, amigos íntimos, etc. Já a neutralidade exige o afastamento do deliberador cidadão, seu engajamento na sociedade, suas crenças, conhecimentos, vivências, valorações, seu paradigma. Porém, é impossível que alguém, na condição de julgador, deixe de lado toda essa bagagem subjetiva no ato deliberativo. Dessa forma, não podemos falar em decisão neutra ou deliberador neutro, mas apenas que esses elementos não podem servir de argumento principal ou de fundamentação da decisão.

---

[46] Thomas Kuhn (1998, p. 13) define paradigma como "as realizações científicas universalmente reconhecidas que durante algum tempo fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência". É o conjunto de práticas adotadas pelos membros de uma comunidade científica. Um padrão ou modelo adotado por um grupo de cientistas que abarca instrumentos, conceitos, teorias, metodologias que servem para resolver problemas da área.

Entretanto, esse ideal não durou muito tempo, pois a nova compreensão do Direito (visão contemporânea a partir do início do século XX) manteve a exigência da imparcialidade (procedimento formal), mas não a neutralidade do agente, pois ele não é uma "máquina", tampouco consegue deixar seus valores, pré-julgamentos, experiências, crenças, ideais, perspectivas, pressões externas, formação política, conhecimento de lado no momento que exerce seu papel de julgador, pois ele é um cidadão como qualquer outro e não se pode exigir a perfeição. Dessa forma, a neutralidade tornou-se uma ficção jurídica, isto é, não existe na prática do Direito. Para Tornaghi (*apud*, Portanova, 2003, p. 41), "como homem o juiz sofre influência de preconceitos, tendência, espírito de casta ou de corporação e de tantos outros fatos ou estados psíquicos que o condicionam, às vezes, sem que ele próprio o perceba". Toda essa bagagem (paradigma) estará, direta ou indiretamente, presente em qualquer atividade, seja no ato de interpretar um caso, na análise normativa ou na própria deliberação. O deliberador não pode deixar de aplicar a lei simplesmente porque a decisão pode lhe desagradar do ponto de vista pessoal. Segundo Herkenhoff (*apud* Portanova, 2003, p. 74). "o juiz que diz que o seu julgamento é neutro, na verdade está assumindo valores de conservação. O juiz sempre tem valores, pois está inserido em um contexto e é produto dele e toda sentença é marcada por valores". E acrescenta que ele deve reconhecer a impossibilidade de proferir uma sentença neutra. Dessa forma, uma escolha neutra, segundo Eros Grau (2006, p. 55) é uma falácia que só existe em manuais e em alguns discursos jurídicos, pois toda análise de um caso está baseada no paradigma do agente ou motivada por questão política.

Já o processo de deliberação moral possui semelhanças com o exposto acima, ou seja, o deliberador moral também age a partir do paradigma no qual ele está inserido. Para concepções morais intelectualistas, a exemplo de James Rachels (2006), a escolha Moral deve estar pautada por um processo racional, formal e não aceitam que fatores subjetivos, externos, ou circunstanciais afetem ou auxiliem na deliberação moral. É nesse aspecto que visualizamos uma semelhança com a discussão sobre neutralidade no âmbito jurídico. Segundo Rachels (2006), o homem moral é aquele sujeito que tem o dever de agir baseado em um processo racional guiado por princípios, padrões justificados, certos, seguros e que não se deixa influenciar por aspectos subjetivos ou emocionais. Nesse sentido, a justificação moral (por apelo a regras ou princípios) obedece um padrão, o rigor, a universalidade e torna-se parâmetro para todo aquele que se encontra na mesma circunstância. Sua atenção deve estar voltada para o "bom proceder", ou seja, a metodologia e explicação de como a Moral "deveria ser" numa abordagem ideal dos juízos morais. Agir moralmente é decidir por convicção e

apoiada em princípios e regras que legitimam a escolha e garantam seu caráter universal, não por fatores subjetivos e variáveis.

A natureza da moralidade deve seguir as razões válidas e uma consideração imparcial dos interesses individuais. É preciso pesar os argumentos a fim de obter uma escolha correta e segura. Ela exige um comportamento baseado na racionalidade e a desconsideração dos elementos subjetivos, sentimentais, etc. Rachels (2006, p. 12) nos ensina que as escolhas morais referem-se a consultas racionais, ou seja, escolher o correto é encontrar as melhores razões da moralidade e deixar nossos sentimentos serem guiados por esses argumentos. Logo, a "moralidade é, minimamente, o esforço em guiar a conduta do indivíduo por meio da razão, ou seja, fazer algo para o qual haja as melhores razões para fazê-la, enquanto ao mesmo tempo se dá um peso igual aos interesses de cada indivíduo que será afetado pelo que alguém faça". (Rachels, 2006, p. 15).

A neutralidade na escolha moral é elemento característico da posição desse autor. Ademais, o agente deve analisar as razões, calcular as implicações, revisar as convicções e escolher os princípios a serem seguidos e, logo após, decidir com segurança. É um procedimento muito parecido com um silogismo, em que a justificação da escolha do agente segue um raciocínio composto por uma premissa maior (princípios ou regras), a premissa menor (o fato particular) e a conclusão como uma ação recomendada ou proibida derivada das premissas acima. Assim, o resultado dessa subsunção é a garantia da conclusão e das responsabilidades assumidas, pois a escolha se baseou na consciência, convicção apoiada nas melhores razões, evidências e princípios. Logo, agir moralmente é agir por razões. Consideremos, por exemplo, uma enfermeira que se recusa a auxiliar na prática de um aborto. Sua justificativa para tal recusa está baseada no respeito ao princípio da vida como um bem sagrado e que é errado matar intencionalmente um ser humano (Beauchamp e Childress, 2011, p.30).

Já as posições não intelectualistas (como Murdoch (1999), Ricoeur (1991), Williams (1965)) sustentam que as experiências ou vivências do deliberador servem de base para a tomada de decisão, juntamente com a análise racional e aquelas situações trágicas que, eventualmente, tenham causado algum tipo de culpa ou arrependimento atuam numa perspectiva psicológica auxiliando e promovendo reflexão para futuras escolhas difíceis. Segundo essa visão o método adotado pelos intelectualistas não reflete a realidade das escolhas morais, pois decidir moralmente não é um processo silogístico ou mecânico isento de qualquer consideração subjetiva ou contextual. As experiências acumuladas, sejam elas boas ou más, desempenham uma função essencial no processo de deliberação a fim de evitar

resultados negativos anteriores ou potencializar os positivos já colhidos. as escolhas morais são feitas por aspectos pessoais em situações particulares, mas isso não implica que as mesmas sejam tomadas de maneira arbitrária e subjetiva. É a somatória de princípios, razões, aspectos pessoais e externos (circunstanciais) que promovem escolhas práticas, efetivas do dia-a-dia e não um procedimento universal e ideal da moralidade. Assim, não existe deliberação neutra no campo da Moral, mas um constante processo de aprendizagem com o fracasso ou sucesso das experiências anteriores.

Do mesmo modo, no Direito, existem autores que defendem uma tese pós-positivista (crítica ao Positivismo clássico) em que a deliberação não representa um cálculo lógico ou subsunção. Nenhum deliberador extrai uma solução normativa a partir de certos axiomas do sistema normativo. Ao contrário, conforme esclarece Eros Grau (2006, p. 36 - XI): "inexistem soluções previamente estruturadas, como produtos semi-industrializados em linha de montagem, para os problemas jurídicos". Isso significa que cada caso deverá ser apreciado em seu contexto, com suas variáveis, evidencias e o deliberador, na condição de ser humano, não deixará seus valores, experiências pessoais, casos anteriores de lado no ato deliberar. Nessa perspectiva a deliberação é uma construção de uma solução normativa mais adequada ao caso.

Portanto, a deliberação para casos de natureza fácil ou não problemáticos segue o procedimento racional, tanto no Direito quanto na Moral, pois a escolha está claramente apoiada e justificada em regras ou princípios do sistema normativo. Já para os casos extraordinários de natureza difícil ou problemático o deliberador pode seguir procedimentos não racionais, ou seja, fazer uso de aspectos subjetivos, emocionais e circunstanciais para chegar a uma solução. Essa escolha será considerada por ele como a mais adequada e justificada em razão das múltiplas alternativas disponíveis, da impossibilidade em escolher uma delas ou da dúvida em reconhecer aquela apontada como correta.

2 O OBJETO DE DELIBERAÇÃO: O CASO MORAL OU JURÍDICO.

O objetivo dessa seção é abordar os aspectos que estão relacionados com o objeto de deliberação, ou seja, tratar da natureza e classificação dos dilemas, expor o objeto da deliberação e determinar a frequência dos dilemas na Moral e no Direito. Além disso, apresentamos os prováveis conflitos que podem advir entre as alternativas disponíveis e como são solucionados tais problemas, a indecidibilidade aparente do deliberador em razão das opções disponíveis e a necessidade de escolha diante de dilemas morais e jurídicos.

2.1 A distinguibilidade das alternativas.

Segundo Tappolet (2003, p. 446), os dilemas morais podem ser classificados em dois tipos, a saber, aqueles que apresentam alternativas de escolha simétricas ou assimétricas. Os primeiros são aqueles em que é preciso escolher entre alternativas moralmente relevantes, com características semelhantes e que possuem a mesma força moral, embora em outros casos a mesma força moral não implique que as alternativas sejam semelhantes. Por exemplo, uma situação hipotética em que dois filhos gêmeos, nas mesmas condições de saúde, necessitam de um transplante de órgão e o pai é o único compatível com as crianças. Neste caso, ele deverá escolher um deles para receber o órgão enquanto o outro aguardará na fila dos transplantes e estará sujeito a maiores riscos. Qualquer ação tomada deixará de realizar a outra e o caso parece tornar-se trágico e considerado por muitos como insolúvel. Nessas circunstâncias, afirmam Beauchamp e Childress (2011, p.27), a única forma de cumprir o dever é deixar de realizar o outro, pois independente da alternativa escolhida é inevitável que outra não seja realizada.

Já os casos assimétricos são aqueles em que as propriedades consideradas moralmente relevantes das alternativas não são semelhantes e a escolha respeitará critérios normativos ou sentimentais. Essas propriedades moralmente relevantes são determinadas pela teoria de base adotada pelo deliberador, pois é possível encontrarmos um caso em que certas propriedades são moralmente relevantes em uma teoria e não em outra. Um exemplo disso é a atitude tomada por Oskar Schindler, "industrial alemão, que durante a segunda guerra mundial utiliza-se de estratagemas ilegais e suborno aos membros da SS e oficiais para salvar aproximadamente 1200 judeus do campo de concentração" (Singer, 2002, p.305). O dilema está em "jamais utilizar-se de procedimentos ilegais" ou "salvar pessoas do extermínio". O mesmo vale para o Direito, ou seja, a simetria ou assimetria não é um elemento inerente aos casos, mas uma qualidade atribuída pelo deliberador a partir da teoria seguida por ele e a escolha das propriedades moralmente relevantes. Outro exemplo que nos permite refletir sobre a simetria e assimetria ocorre na escolha de Sofia. Existem aqueles deliberadores que reconhecem a simetria do caso, pois não há critério para escolha de filhos. Já outros deliberadores poderão analisar o caso numa outra perspectiva admitindo que é possível escolher pelas maiores chances do menino de sobreviver do que a menina, por ser mais velho.

Na prática não identificamos casos morais e jurídicos práticos simétricos, mas sim casos que podem ser tratados de maneira análoga, bem como ter a possibilidade da mesma solução. Assim, os casos jurídicos e morais têm, em geral, natureza assimétrica, ou seja, as

propriedades consideradas relevantes não são idênticas e a escolha pode obedecer a critérios variados (racionais e/ou extrarracionais).

2.2 As dimensões ontológica e epistemológica dos dilemas.

A natureza dos dilemas deve ser analisada a partir de três situações. É possível identificar casos de dilemas práticos, mas que envolvem mais de um sistema de normas e não se restringem ao campo da Moral. Por exemplo, o caso de um médico, descrito por Thomas Keneally, que durante o regime nazista no gueto judeu da Cracóvia, enfrenta o seguinte dilema: "Injetar cianureto em quatro pacientes que não poderiam ser removidos ou abandoná-los aos nazistas, que estavam naquele momento esvaziando o gueto e já haviam provado que iriam matar brutalmente todos cativos e pacientes" (Beauchamp e Childress, 2011, p. 83). Esse é um caso que envolve distintos sistemas de normas, tais como moral, bioética, ético profissional e jurídico.

Por outro lado, existem aqueles casos resultantes de construções mentais criadas para analisar diferentes processos de deliberação e teorias morais. Consideremos o caso imaginário apresentado por Gerald Paske (*apud* Statman, 1992, p. 555): "John andava pela floresta interessado por pássaros, quando se depara com bandidos que vão assassinar dez pessoas inocentes. John é obrigado, pelo chefe do bando, a matar um dos inocentes para salvar os outros nove. Caso contrário, todos seriam mortos". O dilema exclusivamente moral está entre salvar muitas pessoas mesmo que tenha que sacrificar uma vida ou não matar ninguém mesmo que isso implique na morte de todos eles.

Por fim, existem aqueles casos que aparentemente representam um dilema prático, mas o sistema de normas possui método capaz de proporcionar solução válida para o caso. Esse tipo de caso é frequentemente encontrado no sistema jurídico e o próprio conjunto de normas se encarrega de oferecer uma solução válida, embora a escolha possa divergir de deliberador para deliberador. Por exemplo, as discussões entre a obrigação jurídica e deontológica profissional do médico de preservar a vida de um paciente e a autonomia desse paciente em recusar a transfusão em defesa do direito à liberdade religiosa. A escolha do deliberador dependerá do livre convencimento baseado em regras e princípios do sistema, ou seja, argumentará em favor da proteção da vida ou da liberdade de culto.

Os exemplos acima sugerem que dilemas morais genuínos e práticos não existem, mas podem ser fruto de uma dificuldade do deliberador em identificar e escolher dentre as alternativas disponíveis ou ainda quando o deliberador se utiliza de princípios de diferentes teorias morais, como no caso moral hipotético descrito proposto por Statman e descrito acima.

2.3 Os dilemas genuínos e os pseudo-dilemas.

"Dilemas" podem ser classificados em dois tipos, os dilemas genuínos e os falsos dilemas[47]. Os pseudo-dilemas representam aquelas circunstâncias em que o agente se depara com dois deveres *prima facie* os quais não podem ser realizados ao mesmo tempo. Porém, isso não implica uma conjunção de deveres morais, mas sim uma disjunção, pois além do desejo de realizar tais ações é preciso levar em consideração a possibilidade de efetivação (Brink, 1994, p. 229). A conjunção de deveres só existirá se houver a possibilidade real da realização de ambos, caso contrário, estamos diante de uma disjunção. Assim, o indivíduo escolherá aquela que considerar a mais adequada a partir da ponderação dos respectivos pesos dos deveres *prima facie* concorrentes. Ao identificar que uma delas tem prioridade, por apresentar razões morais mais fortes com relação a outra, então essa será considerada a legítima ação moral ou "o dever fazer", denominada por Brink (1994) de *all thinks considered*. Consideremos o exemplo apresentado por Beauchamp e Childress (2011, p. 51) em que uma médica encontre um caso de emergência que exigirá que ela estenda ainda mais sua jornada de trabalho de modo que não consiga cumprir a promessa de levar seu filho ao cinema.

Contudo, a opção derrotada não perde o caráter de dever moral, apenas deixa de ter prioridade perante a outra opção, pois em circunstância futura ela poderá se sobressair com relação a uma nova *prima facie* ou até mesmo com relação a essa vencedora. Outro exemplo hipotético: "estou me deslocando em direção à universidade para uma reunião de orientação e no caminho me deparo com um acidente". Nesse momento estou diante de dois deveres, de ajuda a um necessitado e de cumprir meu compromisso de orientação. Se a situação for grave devo auxiliar o indivíduo e depois cumprir o outro dever. Porém, se o primeiro caso não for emergencial ou outras pessoas estão auxiliando, ou não tenho capacidade para interferir, então devo me dirigir ao compromisso inicial, que é a prioridade.

O segundo tipo também são deveres *prima facie* conflitantes em que o confronto entre as ações não são equivalentes ou nenhuma delas derrota a outra, isto é, dilemas genuínos. Contudo, essa situação também não produz deveres conjuntivos em razão da inexistência de elementos suficientes para priorizar um frente ao outro. Segundo Brink (1994, p. 241), essa dificuldade e, portanto, o reconhecimento do dilema é consequência de uma impossibilidade do agente em identificar qual das alternativas constitui o dever moral. Isso pode ocorrer pelo confronto de exigências morais frente a interesses pessoais do deliberador. O fato pode ser

[47] No terceiro artigo que compõe essa tese apresentamos uma classificação mais ampla e detalhada sobre tipos de dilemas. O trabalho está intitulado: "Os dilemas morais como conflitos de deveres disjuntivos", p. 07.

caracterizado como difícil, trágico, complicado, mas isso não implica na existência de um paradoxo moral e tanto o falso dilema como o genuíno sempre terão uma solução. Consideremos dois casos. O primeiro refere-se ao caso fictício dos exploradores de cavernas (Fuller, 2003) em que existem duas soluções possíveis, ou condenar os réus à forca segundo determina a regra do país ou valorar o estado de necessidade e absolvê-los da acusação de homicídio. O segundo, descrito por MacCormick (2008, p. 65, 140), é um caso concreto ocorrido na Inglaterra no ano de 1884 (caso *Dudley and Stephens*) em que um grupo de náufragos decide matar um dos integrantes, que se encontrava mais fraco, para poderem sobreviver depois de estarem à deriva por oito dias sem comer e beber. Ao serem resgatados os sobreviventes são presos e julgados por homicídio. Essas situações podem ser consideradas, para muitos, de fácil solução, enquanto para outros será extremamente difícil, pois dependerá da posição teórica adotada pelo deliberador.

Assim, o dever do agente diante de deveres conflitantes é seguir os seguintes três passos. Primeiro, analisar as alternativas (obrigações *prima facie*) e ponderá-las (Beauchamp e Childress, 2011) a fim de encontrar aquela que se sobressai em relação à outra (uma análise de equivalências, importância, prioridades ou razões que permitem escolher). A alternativa escolhida torna-se o dever moral genuíno (*all thinks considered*). Segundo, aqueles casos em que não é possível escolher uma das opções por falta de critério ou razões, pois as alternativas são, numa análise do peso, equivalentes e o caso mostra-se simétrico, então é dever do agente Moral optar por uma das *prima facie* mesmo na ausência de critério objetivo. Numa nova situação será possível mudar de escolha. Terceiro, todo dever moral exige uma escolha e não é possível deixar de escolher em razão da dificuldade em reconhecer qual delas constitui o verdadeiro dever moral. É preciso tomar uma atitude mesmo que ocorra o arrependimento, sentimento de culpa por não ter realizado a outra opção. Os resquícios são próprios em qualquer tipo de escolha, mesmo aquelas que não envolvem dilemas. O dever moral é agir e assumir uma posição.

2.4 A meta da deliberação.

A escolha moral não tem pretensão de verdade, falsidade, certeza lógica, objetiva ou correta, mas a obtenção da melhor opção, aquela mais justa, que ofereça maior felicidade, menor prejuízo, que sirva de exemplo ou nos torne melhores. Essa afirmação vai ao encontro da tese de Murdoch (1999) sobre a moralidade. Nessa perspectiva real da moralidade não estão em jogo os métodos da lógica e a boa aplicação dos princípios, mas escolhas refletidas a partir de princípios, contexto e aspectos subjetivos. O mesmo pode ser constatado nas

afirmações de Beauchamp e Childress (2011, p. 32). Os julgamentos morais particulares podem envolver especificação e ponderação em situações concretas e não somente um procedimento de subsunção de um julgamento a princípios ou regras morais. Não se trata de uma operação mecânica, pois em certos julgamentos concretos é preciso levar em consideração crenças factuais, expectativas culturais, análise das consequências da escolha, os precedentes e o peso entre regras ou princípios que estejam em colisão. Um exemplo que pode refletir esse tipo de situação é o julgamento sobre a justificação do aborto.

Já as pretensões jurídicas, obrigatoriamente, exigem rigor nos passos para a devida escolha e garantia da certeza, legitimidade, validade, isonomia e efetivação da justiça. Mas isso não exclui a possibilidade de levar em consideração, no processo de deliberação, fatores sociais, culturais, subjetivos do deliberador, expectativas da sociedade, precedentes, etc. Ele tem o dever de cumprir sua função como prestador de jurisdição de forma clara e precisa baseada em normas, mas também buscar a melhor decisão, a mais justa, o que lhe exige um ir além do cumprimento do dever formal, a saber, "a melhor prestação jurisdicional". Logo, em ambas as áreas exigem-se a busca do "melhor": a melhor escolha Moral e a melhor prestação jurisdicional.

2.5 A frequência dos dilemas.

O sistema jurídico se depara constantemente com casos novos e a cada dia mais complexos, e as regras disponíveis não são suficientes para oferecer uma solução clara e objetiva. Isso ocorre porque não é possível uma sincronia entre um mundo infinito de possibilidade de casos com um número finito de normas. O sistema não acompanha a realidade, não contempla o assunto, surgem as lacunas e a solução é recorrer aos princípios gerando, por consequência, a sensação de estar frente a um dilema. Essa preocupação com o dilema é mais um cuidado com os desdobramentos da sua decisão, da responsabilidade jurídica da escolha do que propriamente a identificação de um dilema real. O que há é apenas um fato que exige uma análise mais cuidadosa a fim de ponderar entre as alternativas disponíveis e encontrar razões jurídicas que apontem para a solução mais adequada ao caso.

Já os dilemas morais genuínos não são reais, mas são resultantes de construções mentais por parte de alguns autores ou interpretações de fatos com o objetivo de testar a teoria Moral. O que podemos encontrar, na prática, são pseudo-dilemas, ou seja, fatos que proporcionam conflito entre regras ou princípios de sistemas distintos ou entre uma regra (ou princípio moral) frente a fatores subjetivos do deliberador (emocionais, desejos particulares, etc). Logo, é possível afirmar que dilemas (mas não genuinamente jurídicos ou morais) são

aquelas situações extraordinárias que surgem de tempos em tempos em razão da constante transformação da realidade frente a normas e princípios estáticos.

2.6 A incompatibilidade de alternativas

A expressão "incompatibilidade" refere-se àquelas situações em que existem dois deveres sendo exigidos, mas que não podem ser realizados simultaneamente. Por vezes utilizamos outra expressão para representar essa problemática, a saber, "*contradição*". Ela é utilizada em sentido mais fraco para demonstrar que duas ações, deveres ou normas não podem ser realizadas simultaneamente e não para expressar uma contradição em sentido lógico ($A \wedge \sim A$). O surgimento de incompatibilidade no Direito não ocasiona problema grave ao sistema, apenas é preciso tomar medidas para solucionar tais situações. Se a antinomia[48] (termo utilizado para expressar incompatibilidade entre pelo menos duas normas) for entre regras do sistema, então é preciso aplicar uma regra de exceção ou os métodos tradicionais para eliminar a antinomia (hierarquia, cronologia e especialidade), isto é, ou uma delas será modificada para eliminar o conflito ou uma delas perderá a validade. Logo, conflito de regra pressupõe a derrotabilidade de uma delas o que é chamado por Alexy de "dimensão de validade" (2012, p. 93).

Porém, se a antinomia envolver princípios, então será necessário adotar um procedimento diferente porque nenhum deles perderá a validade ou será modificado. Nessa situação o operador deverá, à luz de uma análise do caso concreto, ponderar e pesar os valores que estão em concorrência e escolher aquele que se mostrar mais adequado ao caso concreto. Logo, conflito entre princípio não pressupõe a derrotabilidade, apenas a escolha justificada que demonstre precedência condicionada (Alexy, 2012, p. 93 - 96), isto é, analisa-se o caso a fim de encontrar as condições pelas quais um princípio precede ao outro. Em outra situação é possível que a precedência torne-se inversa e a solução esteja vinculada a outro principio. O sistema jurídico sempre estará sujeito ao aparecimento de incompatibilidades em razão da sua natureza dinâmica e a constante atualização e, de outro lado, os novos tipos de fatos que surgem.

---

[48] Bobbio (1999, p 86 - 88) "antinomia pode ser definida como aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento". Ou ainda "aquela situação que se verifica duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico e tendo o mesmo âmbito de validade (tempo, espaço matéria e pessoa)". Ainda, segundo Diniz (2005, p. 477) as antinomias podem ser classificadas quanto ao: "a) *critério de solução* ela pode ser aparente ou real; b) *quanto ao conteúdo* ela pode ser própria ou imprópria; c) *quanto ao âmbito* ela pode surgir no direito interno ou no direito internacional; d) *quanto à extensão* ela pode ter a extensão total-total, total-parcial e parcial-parcial".

Já no sistema Moral esse problema de incompatibilidade interna não ocorre com frequência, pois o mesmo pode ser considerado um sistema estático e seu conjunto de normas e princípios supõe-se que sejam coerentes. O que pode ocorrer, em razão da multiplicidade de novos tipos de fatos, é obrigar o agente moral a refletir e deliberar entre duas alternativas distintas e que não podem ser realizadas ao mesmo tempo, ou ainda, quando o dilema é resultante do confronto entre duas regras ou princípios oriundos de sistemas distintos. Consideremos o caso descrito por Beauchamp e Childress (2011, p. 64). "Uma menina de 5 anos com insuficiência renal e cujos tratamentos não estão funcionando adequadamente. A equipe médica propõe um transplante de rim, mas a eficácia desse procedimento é questionável, pois o prognóstico é incerto. Os pais concordam em realizar esse procedimento, mas identifica-se que somente o pai é compatível. Porém, após refletir o pai informa o médico que não deseja doar o rim por vários motivos, dentre eles, falta de coragem, prognóstico incerto e o medo da cirurgia. O pai pede ao médico que diga ao restante da família que ele não é compatível, pois teme que seja acusado pela morte da filha".

A decisão para esse caso depende da escolha do sistema de normas pelo agente moral. De um lado, a atitude imoral do pai de se negar a doar um rim para salvar sua filha (independente dos resultados) e, de outro, a posição do médico em aceitar o pedido do pai de omitir informações à família e seu dever ético profissional de salvar uma vida sempre que estiver ao seu alcance. Se o médico aceitar o pedido do pai, então ambos agem de maneira imoral e, especificamente ao médico, tomará uma atitude contrária à ética profissional. Se o médico informa corretamente os familiares agindo de acordo com a ética profissional e moral, então caberá ao pai decidir se agirá moralmente doando o órgão, ou contrário e assumir a culpa pela eventual morte de sua filha.

2.7 A indecidibilidade do deliberador.

Conforme descrito acima a incompatibilidade gerada tanto pelo conflito de regras quanto de princípios implica em indecidibilidade por parte do deliberador. A indecidibilidade é a sensação de impotência frente a um conflito e dúvida quanto a escolha a ser feita, o medo de errar e as possíveis consequências negativas (arrependimento ou culpa). No caso de indecibibilidade entre regras existem critérios que permitem eliminar o conflito facilitando a justificativa da escolha pelo deliberador[49]. Já para casos de colisão entre princípios do mesmo

[49] O conflito de regras (norma) sobre o mesmo caso e no mesmo ordenamento gera uma inconsistência e é solucionável mediante a adoção de métodos do próprio sistema de normas, a saber, método da cronologia, hierarquia e da especialidade. Segundo Alexy (2007, p. 69) o conflito de regra é solucionado através do uso de

sistema não existem métodos operacionais do sistema ou critérios claros de preferência para eliminar o dilema. A solução adotada por autores como Alexy, Ross, Beauchamp e Childress é avaliar as alternativas disponíveis e ponderar a fim de identificar aquela que possui maior peso ou aquela que apresenta as melhores razões. Existem ainda aqueles deliberadores que decidem baseados em convicções, posições, entendimentos pessoais e ignoram o conflito ou a necessidade de reflexão. Já autores como Dworkin e Kant admitem que, embora exista certa dificuldade em definir a escolha, sempre haverá a resposta correta sendo sempre possível identificar a solução que deve ser tomada. Para esses autores o sistema não apresenta incompatibilidades interna de regras ou princípios. Logo, nenhum dilema ficará sem solução, isto é, ou o deliberador pondera e chega à solução mais adequada ou analisa as alternativas a fim de encontrar a resposta correta, ou seja, a indecidibilidade é aparente e não absoluta e sempre haverá uma resposta para supostos conflitos. A escolha dependerá dos critérios adotados pelos deliberador.

2.8 A necessidade de decisão de todos os casos.

Encontrar um procedimento para eliminar a sensação de indecidibilidade é fundamental, pois no sistema jurídico, por exemplo, o operador não pode se eximir da responsabilidade de julgar por ausência ou em conflito de regras (obrigação normativa), ou seja, ele está obrigado a apresentar uma solução, mesmo diante de tais dificuldades. O mesmo deve ocorrer no sistema Moral, pois não é razoável deixar de decidir moralmente quando o agente encontra um conflito entre regras ou entre regras e interesses subjetivos. O próprio Berlin (1981, p. 167) assevera que os interesses dos homens são múltiplos e, muitas vezes, incompatíveis, permitindo conflitos e a tragédia não pode ser totalmente eliminada do cotidiano. A necessidade de escolher entre exigências torna-se uma situação inevitável como ser humano. E acrescenta (Berlin, 1981, p. 169) que o ser humano escolhe certos valores porque sua vida e pensamento são determinados por categorias morais fundamentais e conceitos que são, por certo tempo e espaço, partes constitutivas do próprio indivíduo, que o tornam ser humano. Além disso, os casos estão constantemente sendo criados e recriados e as teorias morais nem sempre proporcionam respostas dedutivas apoiadas em regras e normas.

Nesse sentido, o que hoje é considerado um dilema ou uma tragédia poderá num futuro próximo tornar-se apenas mais um caso sem esse grau de dificuldade e

---

regras de cláusula de exceção ou do método tradicional (hierarquia, cronologia e especialidade) que determinam a validade de apenas uma em detrimento da outra. Já no caso dos princípios não ocorre conflito em sentido estrito, mas a concorrência entre eles e a saída encontra-se no peso atribuído a cada um em relação ao caso concreto e jamais se discutirá o âmbito de validade dos mesmos.

indecidibilidade. Alguns exemplos envolvem debates tanto jurídicos quanto morais e que deixaram de ser o centro das discussões como aborto de fetos anencéfalos, embriões congelados, entre outros.

Logo, o ideal moral é cumprir com "os deveres morais" que se apresentam e não somente aqueles claros, não problemáticos, que nos agradam ou não resultam em consequências negativas. A própria condição humana nos coloca frente a frente com escolhas e nem sempre as soluções serão claramente deduzidas de regras ou princípios. O que se deve esperar de um agente moral é atitude que busque, segundo Aristóteles, a "excelência moral", ou seja, aspirar uma vida admirável de realização moral resultante da educação, do cultivo e do hábito com o propósito de se tornar um sujeito a cada dia melhor e virtuoso.

Realizar o mínimo moral ou apenas aquelas ações simples da vida nos causa uma espécie de desapontamento moral, ou seja, ele se torna um agente moral eventual, que decide agir quando as escolhas não são problemáticas e não lhe retiram da zona de conforto. Agir nessas condições nos permite qualificar o agente como pseudo-agente moral e, além disso, o surgimento constante de casos novos e conflitantes poderá levá-lo a deixar de agir moralmente em razão da dificuldade em escolher entre alternativas aparentemente simétricas (dilemas).

3 O PROCESSO DE DELIBERAÇÃO

O objetivo dessa seção é examinar os aspectos que estão relacionados com o processo de deliberação frente a dilemas morais e jurídicos, ou seja, apresentar uma tipologia de casos, a influência do tempo no processo de deliberação, tratar as escolhas como deveres disjuntivos e expor as razões para que todos os casos possam ser solucionados. Por fim, distinguir as escolhas baseadas no procedimento racional (formal) e, de outro lado, aquelas selecionadas por fatores subjetivos (circunstanciais).

3.1 A complexidade de tipos de casos no processo de deliberação.

Nessa seção vamos examinar alguns fatores que contribuem para o aparecimento de casos cada vez mais complexos no sistema jurídico e moral. A teoria Positivista do Direito sustentava a tese de um ordenamento completo, isto é, que para cada caso havia uma solução no próprio ordenamento. Porém, teorias pós-positivistas criticam essa posição e reconhecem a presença de outros tipos de casos que não possuem norma específica, outros que enquadram-se em mais de uma norma e há ainda aqueles que dependem de ponderação de interesses para

oferecer uma solução adequada. Essa classificação de casos jurídicos tem se tornado assunto inevitável nos últimos tempos em razão das constantes transformações sociais, o aparecimento de casos novos, o conflito entre normas do sistema jurídico com outros sistemas de normas e a necessidade de um ordenamento atualizado, dinâmico e capaz de oferecer respostas a todos os casos. O primeiro autor que expõe essa taxonomia é Ronald Dworkin (2002) [1977], que divide os casos em dois tipos, os fáceis e os difíceis[50]. Os primeiros são aqueles em que a solução está presente no ordenamento jurídico de maneira clara a partir da subsunção do caso à norma, ou seja, a resposta apoia-se positivamente no ordenamento e não suscita dúvidas. Porém, preferimos adotar a expressão "casos não problemáticos" ao invés de fáceis, baseado no argumento de MacCormick[51].

Já a segunda classe refere-se aos casos difíceis[52], ou seja, situações em que há mais de uma solução perfeitamente viável, aceitável e válida do ponto de vista jurídico e que há dificuldade em definir qual das opções é a correta. Um exemplo é o caso fictício dos exploradores de cavernas (Fuller, 2003) em que existem duas soluções possíveis: ou condenar os réus à forca segundo determina a regra do país ou valorar o estado de necessidade e absolvê-los da acusação de homicídio.

Entretanto, Manuel Atienza (2002) [1991], adiciona uma terceira categoria, denominada de casos trágicos que envolvem conflitos entre princípios (gerando um dilema) e a decisão torna-se ainda mais complicada, pois não há, no ordenamento jurídico, uma hierarquia entre eles e a escolha acaba sendo tomada por um ato discricionário apoiado na argumentação, nos valores, nas circunstâncias do caso e em normas. São aquelas situações em

---

[50] Leibniz, (Artosi; Pieri; Sartor, 2013, p. 75 - 78), apresenta uma taxonomia de casos jurídicos divididos em "casos duvidosos" e "casos perplexos". Os primeiros são aqueles em que não estamos certos sobre qual das alternativas deve ser escolhida. Já os casos perplexos referem-se a um conflito particular em que ambas alternativas estão fundamentadas por normas, porém trata-se de um conflito entre regas distintas aplicadas a um caso particular. Sua origem pode estar situada na própria norma ou no caso específico.

[51] Para MacCormick (2008, p. 68) a expressão "casos fáceis" deve, pragmaticamente, ser alterada para "casos claros", pois existem áreas do Direito que envolvem questões muito complexas para resolver e que seria inadequado chamá-las de fáceis. Assim, os casos claros são aqueles que ninguém, até o momento, problematizou, seja do ponto de vista prático ou teórico, mas nada impede que isso ocorra em oportunidade futura. O que sabemos é que, para um caso claro, existe uma solução aplicável mesmo na presença de complexidade.

[52] MacCormick (2008, p. 65 ss) descreve que os casos difíceis na concepção clássica (antiga) produziam um "mau direito" (desempenhavam um caráter negativo), ou seja, forçavam a interpretação de uma norma para evitar um impacto exagerado da aplicação a um caso específico, distorcendo o sentido usual e abrindo exceções. Porém, essa concepção foi modificada a partir dos escritos de Dworkin o qual sustenta que casos difíceis produzem um "bom direito", isto é, permitem novas formas de interpretação e constata-se argumentos sólidos tanto a favor quanto contra cada uma das alternativas disponíveis. O caso é difícil em razão da dificuldade em chegar a melhor solução diante dos argumentos opostos. Entretanto, MacCormick sugere que a expressão "caso difícil" seja substituída por "caso problemático", ou seja, que não foi sumariamente solucionado, porque certos casos podem ser difíceis de serem resolvidos, mas solução é clara. Esses casos problemáticos podem ser resultantes, (*apud*, Atienza, 2002, p 178 – 181) de um problema de interpretação; problema de pertinência; problema de prova ou problema de qualificação.

que há pelo menos duas soluções legitimamente válidas e com "peso" equivalente. Entretanto, a diferença com relação aos casos difíceis, é que não existe a possibilidade de mensurar as alternativas, impossibilitando uma escolha clara e universal. Dessa maneira, a análise técnica jurídica poderá não encontrar vantagens claras de uma das alternativas sobre a outra, e que Atienza (1989, p. 99) chamou de condições essenciais[53], e a decisão torna-se produto da escolha discricionária do deliberador. São casos de conflito entre princípios com valores não negociáveis. Essa terceira classe de casos é resultante, segundo Atienza (1989, p. 102) do aumento de normas de fim[54], que são os princípios que indicam a meta a alcançar, e por ocuparem cada vez mais o vértice da pirâmide normativa, ou seja, quanto menor o número de regras condicionais[55] e maior número de regras de fim ou apelo a regras de fim para resolver casos que regras condicionais não solucionam, maior será a chance de surgir conflito entre esses princípios.

Já no campo da Moral também é possível elaborar uma taxonomia de casos análoga ao que ocorre no Direito em fáceis (claros ou não problemáticos), difíceis (problemáticos) e trágicos (dilemas). Existem casos em que o agente moral identifica claramente a solução fundamentada em uma regra ou princípio[56] do sistema moral. Por outro lado, poderá se defrontar com casos que suscitam dúvidas quanto à solução que deve ser tomada, sejam eles, difíceis ou trágicos. A origem dos casos difíceis e trágicos pode ter duas razões. A primeira delas, decorrente da aplicação de múltiplos sistemas de normas na apreciação de um caso e a obtenção de escolhas distintas ou até mesmo causando dificuldade no deliberador em definir a solução. Por exemplo, o dilema hipotético descrito por Sandel (2012) do trem desgovernado que avança em alta velocidade e poderá, em poucos minutos, atingir cinco operários que

---

[53] Sautter & Ghidolin (2005, p. 08). Nesse artigo apresentamos uma exposição detalhada sobre o método das matrizes de compatibilidade que refere às exigências essenciais dos valores fundamentais que permitem obter uma solução.

[54] "Los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas". (Atienza & Manero, 2005, p. 31).

[55] "[…] las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos". (Atienza & Manero, 2005, p. 31).

[56] Marcus Singer (1958) apresenta uma distinção entre princípios e regras morais e procura demonstrar como os princípios estão envolvidos na justificação e no estabelecimento das regras morais. Princípios não estabelecem as condições de "certo e errado", do que "deve ou não deve ser", não contêm "fato típico" e atribuições exclusivas das regras morais (1958 p. 164). Todo princípio possui, pelo menos, uma regra que permite sua realização. Além disso, eles não permitem exceções, são invariantes e não entram em conflito entre si (1958, p. 192), como ocorre em certas ocasiões no Direito. Em síntese, (1958, p. 169 e 192), a distinção entre princípios e regras morais está em que os primeiros não são derrotáveis e não permitem exceções, enquanto as regras morais são derrotáveis em confronto umas com as outras e permitem exceções quando houver justificativa para não segui-las.

trabalham nos trilhos; nesse instante o deliberador moral tem a possibilidade de movimentar uma alavanca que muda a direção do trem para outros trilhos, mas isso implicará em matar um único trabalhador que também encontra-se trabalhando sobre os trilhos. A escolha poderá basear-se na tese consequencialista ou principialista da moral. Uma segunda razão é de natureza prática, pois são inúmeras as transformações sociais e situações pontuais que têm proporcionado casos cada vez mais complexos que o sistema de norma não consegue resolver adequadamente.

Entretanto, o aparecimento de casos difíceis e dilemáticos raramente ocorrem no interior de um sistema de normas, mas associados a distintos sistemas de normas. Encontrarmos casos práticos de natureza jurídica com implicação no âmbito da moral, por exemplo, o debate moral e legal da união estável entre casais homossexuais e adoção de crianças por essa composição familiar. Outros casos pertencentes à bioética e que se tornam problemáticos em razão do tipo de ética normativa que será adotado (se consequencialistas, principialistas ou ética das virtudes) para se chegar a uma solução, por exemplo, a discussão sobre o limite ético com a utilização de animais nos experimentos científicos. Existem ainda casos morais com implicação no Direito como, por exemplo, o debate constante pela legalização do aborto e eutanásia no país. Por fim, situações que envolvem distintas áreas da ética aplicada (bioética e ética médica) e o Direito, por exemplo, um paciente em estado grave que necessita com urgência de transfusão sanguínea, mas ele se recusa por razões de crença. Nesse caso entra em conflito o direito à liberdade jurídica de crença, com a obrigatoriedade ética do médico de salvar vidas e a vida como um princípio moral que deve ser protegido.

3.2 A influência do tempo no processo de deliberação.

Nesse tópico vamos tratar da influência do tempo no processo de deliberação para casos de dilemas morais e jurídicos. O agente moral, frente a um dilema, possui em geral, pouco tempo para analisar as alternativas que estão disponíveis, ponderar e tomar uma decisão. No momento em que ele identifica o problema, praticamente, não há tempo suficiente para refletir e extrair uma conclusão lhe transmita segurança, convicção e é nesse momento que ele se sente inseguro e qualifica o caso como um dilema. Um exemplo que ilustra essa situação é a escolha de Sofia (Styron, 2010). Porém, o tempo mais elástico para refletir nem sempre é condição para obter uma escolha segura. Desse modo, podemos afirmar que, em geral, os dilemas morais exigem decisões imediatas ou com pouco tempo de deliberação.

Já os casos e dilemas relacionados ao Direito permitem que o deliberador reflita, pondere, aguarde pareceres, consultas, opiniões e examine outras decisões a fim de estruturar uma argumentação favorável à sua decisão. Salvo exceções (medidas urgentes e inadiáveis), o Direito concede um período para discutir e apresentar a sentença mais adequada, pois não há um tempo determinado para apresentar um resultado. Algumas delas demoram anos para serem proferidas em razão da dificuldade em identificar a melhor solução, por falta de norma específica e apelo a princípios ou pelos prováveis efeitos resultantes dessa escolha. Em alguns casos deixa a cargo de instâncias superiores[57] a tarefa de definir uma escolha institucional sobre o tema quando há soluções inferiores divergentes de caráter interpretativo (citamos como exemplo a demora, de 2004 a 2012, do Supremo Tribunal Federal em posicionar-se sobre dilema do aborto de fetos anencéfalos) [58]. Dessa maneira, o Direito trata com casos que exigem soluções, salvo exceções, no tempo futuro, concedendo espaço para análise e reflexão.

Assim, identificamos uma diferença entre o âmbito jurídico e moral. O tempo se torna um fator determinante na deliberação envolvendo dilemas. Enquanto no primeiro dispõe-se de tempo necessário para a apreciação da demanda, na Moral a escolha é feita, na maioria das vezes, imediatamente à identificação do caso e ele pode se tornar, para esse agente, um dilema que é produto dessa dificuldade em escolher imediatamente uma das alternativas.

3.3 A escolha entre as alternativas disponíveis.

O dilema refere-se a um caso em que estão em conflito dois deveres morais ou duas obrigações jurídicas, mas que ambas não podem ser realizadas simultaneamente. Nesse caso o deliberador deverá optar por uma delas, pois estamos falando em disjunção exclusiva de alternativas. A discussão em torno da escolha fez com que alguns teóricos se posicionassem a

---

[57] Para Leibniz, (Artosi; Pieri; Sartor, 2013, p. 76), os casos considerados perplexos não envolvem problema de competência como ocorre em muitos casos atualmente no sistema jurídico, mas uma questão de método de solução. “However, as Leibniz argues, a referral is no solution to perplexity, since the problem in a perplexing case is not who should decide the case but how it should be decided”.

[58] Alguns casos jurídicos podem conduzir a um paradoxo sem solução imediata. Leibniz, (Artosi; Pieri; Sartor, 2013, p. xx (20)), utiliza como exemplo o paradoxo de Protágoras. Protágoras se dispõe a ensinar retórica a Euathlus recebendo, em contrapartida, uma quantia previamente estipulada, que só seria paga quando Euathlus ganhasse o seu primeiro caso em um tribunal. Euathlus recebeu as lições de Protágoras, mas não aceitou defender qualquer caso judicial. Passado algum tempo, Protágoras processou Euathlus, reclamando o pagamento pelas aulas ministradas. Em julgamento, as partes apresentam seus argumentos perante o juiz. Protágoras afirma: Se eu ganhar este caso, então Euathlus terá que me pagar, em resultado da sua sentença. Por outro lado, se for ele a ganhar este caso, então terá ganho o seu primeiro caso em tribunal, e passará a ter que me pagar em virtude do contrato estipulado entre nós. Em ambos as situações terá que me pagar, pelo que deverá ser condenado a fazê-lo. Já Euathlus afirma que: Se eu ganhar este caso, então, face à sua sentença, nada tenho que pagar. Se, pelo contrário, for Protágoras a ganhar o caso, então, ainda não terei ganho o meu primeiro caso, pelo que, pelo nosso contrato, nada terei que pagar. Em ambas as situações, quer ganhe eu ou ganhe Protágoras, nada tenho a pagar, pelo que só poderei ser absolvido. Em razão do impasse a solução ficou para um tempo futuro, embora em nosso sistema jurídico sempre haverá solução mesmo que não exista consenso.

favor de uma tese conjuntiva de alternativas, ou seja, se um agente moral tem o “dever moral de fazer A” e o “dever moral de fazer B” e ambos não podem ser simultaneamente realizados, então ele tem o “dever de fazer A e B”. Entretanto, existem aqueles autores que aderem à tese da escolha disjuntiva, ou seja, se o agente moral tem o “dever de fazer A” e tem o “dever de fazer B” a ambos não podem ser simultaneamente realizados, então ele tem apenas um dever moral a cumprir, ou fazer A ou fazer B, pois dever implica possibilidade de realizar. Nossa proposta é pensar o tema sob outra perspectiva, ou seja, dividir o assunto em dois planos, a saber, o “plano do dever” e “plano do cumprimento dos deveres”.

No primeiro afirmamos que o indivíduo possui um único dever e anterior a qualquer fato (metanorma), qual seja, o de agir, escolher e cumprir com os deveres morais que lhe forem apresentados, e não somente agir diante das circunstâncias simples e que não colocam o deliberador à prova. Um exemplo é o dever moral de todo deliberador de agir com honestidade, dizer a verdade, ser leal, agir com boa-fé, etc.

Num segundo momento, passamos para a etapa da realização de uma das possibilidades (corresponde ao plano prático) que representa as circunstâncias que um caso específico pode proporcionar de alternativas disjuntivas (A ou B ou C ou etc). A escolha dependerá de inúmeros fatores, tais como aspectos racionais, emocionais, pessoais, normativos, principialistas, consequencialistas ou até mesmo agir sem razões. Diante de um fato que envolve dilema afirmamos que o sujeito não tem dois deveres a cumprir, mas apenas um que é o de escolher entre as possibilidades disponíveis.

Já no Direito (em sistemas jurídicos como o nosso) o deliberador tem o “dever” institucionalizado (está obrigado por norma, exemplo Art. 126 do Código de Processo Civil) de resolver (decidir) todo caso que lhe aparece e tal decisão deverá estar apoiada no próprio sistema normativo (plano do dever - metanorma). Porém, existirão casos em que haverá mais de uma alternativa juridicamente válida e com caráter disjuntivo de possibilidades (plano da realização). Caberá ao deliberador justificar a escolha, conforme determina o Art. 93, inciso IX da Constituição Federal sob pena de nulidade, ou seja, sem efeito jurídico ou sem validade. Entretanto, sua decisão poderá estar amparada em motivações pessoais e retirando o caráter supostamente neutro do deliberador, mas obrigatoriamente sua decisão deverá estar fundamentada em uma norma do sistema jurídico.

Além disso, tanto os casos pertencentes ao Direito quanto a Moral apresentam alternativas assimétricas e parece difícil encontrarmos situações práticas de natureza simétrica que impossibilitariam a escolha pela dificuldade em mensurar as alternativas. Por fim, o deliberador não está diretamente afetado pelo resultado como ocorre na Moral, ele não é parte

interessada, mas apenas o mediador da situação, ou seja, a decisão torna-se menos problemática, pois ele não é o destinatário do resultado. Assim, a obrigação do deliberador é decidir independente dos resultados, das consequências negativas que são inevitáveis em muitos casos, se elas devem se tornar padrão para futuras decisões ou parâmetro para outros agentes.

3.4 A diferença entre decidir e escolher.

Nesse tópico faremos uma distinção entre o ato de deliberar do agente moral e do deliberador jurídico. No sistema Moral o deliberador tem a tarefa, muitas vezes simples, de "escolher" entre duas ou mais alternativas disponíveis e, eventualmente, não podem ser realizadas ao mesmo tempo. Consideremos o seguinte exemplo descrito por Rachels (2006, p. 128). "Pescadores holandeses, durante a Segunda Guerra Mundial, contrabandearam refugiados judeus para a Inglaterra, os quais algumas vezes eram parados pela patrulha nazista para identificar o destino. O pescador interrogado pelo capitão nazista tinha apenas duas alternativas, ou mentia para ser liberado e continuar a viagem ou permitir que os judeus e ele próprio fossem capturados e mortos". Toda ação moral é realizada com o objetivo de fazer o correto do ponto de vista do sistema moral adotado. Para isso, o deliberador seleciona a teoria, principialista ou consequencialista da moral, que justifica e fundamenta o resultado exclusivamente para esse deliberador.

Além disso, poderíamos afirmar que servem para atender o aspecto subjetivo ou psicológico do deliberador, ou seja, o agente deve sentir-se satisfeito com a alternativa selecionada. Esse ato de deliberar envolve quatro aspectos que são: 1) a atitude do próprio agente; 2) os objetivos que ele pretende alcançar; 3) as consequências resultantes da sua escolha (em geral subjetivas, positivas ou negativas) e 4) o mundo ou o seu entorno moral.

Já a deliberação na esfera jurídica expressa um posicionamento institucional (ele delibera "em nome de") entre as alternativas jurídicas válidas que nem sempre podem estar de acordo com o paradigma pessoal de quem delibera. Em muitos casos a obrigação que o deliberador tem a cumprir e "decidir", na condição de funcionário, não é o que ele escolheria, mas que sua função lhe condiciona a realizar. A deliberação jurídica não é um ato simples de escolha subjetiva entre A ou B ou C ou etc, mas é uma "decisão" amparada em princípios e regras do sistema normativo com implicações de natureza jurídica, econômica, política, social, entre outras. Nesse processo não está em jogo a busca pela resposta certa, mas resolver o caso da melhor maneira possível dentro dos parâmetros jurídicos. Em outras ocasiões sua decisão pode estar amparada pelo número expressivo de informações que são veiculadas nos

meios de comunicação e que exigem mais uma postura política do que propriamente jurídica. Um exemplo são os crimes graves de grande repercussão que demandam uma postura rígida do poder judiciário antes mesmo de todo desenvolvimento processual e comprobatório com o objetivo de garantir credibilidade e segurança. Porém, essas informações divulgadas pela mídia podem afetar a imparcialidade esperada do deliberador para que sua decisão se torne efetivamente justa.

Assim, a "escolha" moral é distinta da "decisão" jurídica, pois escolher pode representar um ato simples de optar entre alternativas baseadas em razões psicológicas e/ou racionais e que tem implicação direta sobre o deliberador e seu entorno. Já a decisão jurídica[59] é o ato de deliberar que reflete o posicionamento institucional e não dos aspectos subjetivos do deliberador (interesses, gosto, emoções, crenças), embora eles possam coincidir ou interferir um com o outro. As implicações da sua decisão não lhe afeta diretamente enquanto deliberador, mas sim a instituição jurídica que representa (através de precedentes, debates internos, divergências, necessidade de correção), as partes envolvidas no caso e a repercussão política, social, econômica, entre outras.

3.5 A deliberação baseada numa posição racional dedutiva (formalista).

Nessa seção vamos examinar o modo racional/formal de deliberar baseado na perspectiva intelectualista da Moral e dos Positivistas do Direito. A natureza da moralidade e do direito deve seguir as razões válidas e uma consideração imparcial dos interesses individuais. É preciso pesar os argumentos com o objetivo de obter uma escolha correta e segura. A ação exige um comportamento baseado na racionalidade e não em elementos subjetivos, sentimentais, ocasionais, etc. O deliberador que defende essa posição teórica procura fundamentar sua decisão/escolha em um procedimento racional, ou seja, a justificação da alternativa escolhida se dá na forma de um silogismo.

O autor que expressa claramente essa afirmação é Rachels. Segundo ele (2006, p. 12) "Se quisermos descobrir a verdade, devemos deixar nossos sentimentos serem guiados o máximo possível pelos argumentos, que podem ser dados pelos pontos de vista opostos. A

[59] Para Kelsen (1986) uma decisão judicial representa um ato criador de norma individual resultante de um processo de subsunção a uma norma geral, ou seja, o operador do Direito cria uma norma singular toda vez que apresenta uma sentença. Porém, essa tarefa não se confunde com o ato criador de norma geral pertencente ao corpo legislativo. (um trabalho técnico sobre esse assunto pode ser encontrado em Bulygin (2003)). Essa atividade criadora de norma singular no Direito poderia ser realizada, por analogia, na deliberação moral em que o agente dá a si próprio ou cria uma norma singular moral de obrigação a partir de uma regra moral geral. Algo semelhante é proposto por Kelsen (1986, p. 129) ao afirmar que um pai está autorizado a dar ordens obrigatórias ao seu filho a partir de uma norma moral, do mesmo modo que o Direito autoriza juízes a produzirem normas jurídicas singulares.

moralidade é, em primeiro lugar, uma questão de consultar a razão". Acrescenta ainda que a coisa certa a ser feita sem todas as circunstâncias deve estar amparada pelas melhores razões identificadas e essa escolha deve respeitar esse procedimento lógico independente das nossas posições teóricas da Moral.

Por fim, Rachels (2006, p. 15) afirma que "[a] moralidade é, minimamente, o esforço em guiar a conduta do indivíduo por meio da razão, ou seja, fazer algo para o qual haja as melhores razões para fazê-la, enquanto ao mesmo tempo se dá um peso igual aos interesses de cada indivíduo que será afetado pelo que alguém faça". O autor não aceita que os julgamentos morais possam ser afetados pelo gosto ou por sentimentos, mas guiados por razões e princípios bem aplicados e universalizáveis.

Por exemplo, "uma enfermeira que se recusa a prestar assistência num procedimento de aborto. Ela pode justificar o seu ato de recusa por meio da regra de que é errado matar intencionalmente um ser humano inocente" (Beauchamp e Childress, 2011, p. 30). Sua escolha está amparada ao mesmo tempo pelo princípio do Direito de que a vida é um bem indisponível. Por um processo dedutivo de aplicação de regra ou princípio se obtém uma escolha segura.

O mesmo ocorre na esfera jurídica, em que toda decisão de caráter Positivista do Direito deve estar apoiada em um procedimento racional[60], formal e bem fundamentado que segue um esquema racional de subsunção do caso à uma norma ou princípio. Segundo Perelman (2004, p. 33) "uma vez estabelecidos os fatos, bastava formular o silogismo judiciário, cuja [premissa] maior devia ser fornecida pela regra de Direito apropriada, a [premissa] menor pela constatação de que as condições previstas na regra haviam sido preenchidas, sendo a decisão dada pela conclusão do silogismo". Um exemplo ilustrativo é "o empregado que despedido sem justa causa deve ser remunerado pelas férias não gozadas (Art. 146 e 147 da Consolidação das Leis Trabalhistas). Ora, João é empregado despedido sem justa causa (caso). Logo, João deve ser remunerado pelas férias não gozadas (sentença) (Coelho, 2004, p. 72)".

Entretanto, em vários outros casos é possível que os valores e aspectos subjetivos do deliberador façam parte do processo de argumentação, mas eles não são os principais argumentos que fundamentam a escolha. Servem apenas como apoio para que juntamente

---

[60] Atienza (1989, p. 94) afirma que uma decisão está racionalmente justificada quando: "1) respeta las regla de la lógica deductiva, en el sentido de que en un fundamentación no se contiene errores lógicos; 2) respeta los principios de la racionalidad práctica; 3) no elude la utilización, como premisa, de alguna fuente del derecho de carácter vinculante; 4) no utiliza, como elementos decisivos de la fundamentación, criterios éticos, políticos, etc, no previstos específicamente (aunque pudieran estarlo genéricamente) por el ordenamiento jurídico".

com as normas chega-se a uma conclusão segura. Em ambos os sistemas podem orientar o deliberador para a escolha e decisão em casos simples ou dilemáticos através de procedimentos racionais, dedutivos e justificados.

Assim, o deliberador moral ao adotar uma postura racionalista de agir moral voltará sua atenção para a análise do caso e definição dos procedimentos. A solução do caso é decorrente da dedução de uma regra, ou seja, seus olhos estarão direcionados para os procedimentos a serem tomados para a existência de regra que norteia a conduta moral. Um exemplo é o modo de agir moral kantiano (Kant, 2002) baseado no Imperativo Categórico que exige conduta absoluta e universalizável que não foca no resultado, mas a ação "por dever", com autonomia, boa vontade e seguindo aquilo que é moralmente exigido.

O mesmo modo de agir racional pode ocorrer no sistema jurídico baseado na postura Positivista em que o deliberador, de posse do caso e das informações, subsume o caso em uma norma ou princípio do sistema e extrai uma decisão. O resultado é consequência desse silogismo jurídico. Assim, a decisão tanto no Direito quanto na Moral está baseada na chamada justiça formal, isto é, qualquer outro critério do sistema normativo ou externo a ele não devem ser levados em consideração no ato de deliberar.

3.6 A deliberação baseada em fatores subjetivos.

O processo de deliberação foi analisado a partir de um procedimento dedutivo e racional e agora examinaremos esse mesmo tema sob a perspectiva crítica que admite que as escolhas sejam feitas por fatores subjetivos do deliberador e pelo contexto em que o caso se insere. Segundo Iris Murdoch (1999), as escolhas morais levam em consideração inúmeros aspectos, tais como o contexto, os sentimentos, os fatos, as variáveis, os valores e não obedecem rigorosamente os padrões lógicos de deliberação. Nesse processo de escolha sempre haverá um princípio ou regra moral, muitas vezes internalizado e o agente não percebe a sua utilização e atribui a escolha a outros fatores. Desse modo, o deliberador deve proceder de tal forma que consiga atingir a melhor solução possível, a mais razoável, mais justa, com menor efeito negativo e não seguir um procedimento de correção baseado numa dedução. A escolha moral não é um cálculo matemático ou lógico extraído de axiomas. Essa posição subjetivista da moral é descrita por Rachels (2006, p. 34) como aquelas atitudes baseadas em sentimentos e nada mais e acrescenta que o início dessa forma de analisar a conduta moral deu-se com Hume o qual sustenta que a moralidade é uma questão de sentimento em vez de fatos. Logo, a ação é moralmente boa ou ruim porque o deliberador aprova ou desaprova e nada mais.

Um exemplo foi a atitude tomada por Oskar Schindler, “industrial alemão, que durante a segunda guerra mundial utilizou de estratagemas ilegais e suborno aos membros da SS e oficiais para salvar, aproximadamente 1200 judeus do campo de concentração” (Singer, 2002, p. 305). Sua atitude nos conduz a crer, que ele levou em consideração os fatores emocionais, o ambiente hostil, o sofrimento daquelas pessoas, valores humanos e sentimento dele com relação a aquelas pessoas que estavam sendo exterminadas. Porém, se sua conduta estivesse apoiada em um procedimento formalista, talvez ele não teria realizado essa ação, pois não seria correto violar procedimentos normativos.

Já a deliberação jurídica, baseada numa visão Moralista do Direito (Dimoluis, 2006, p. 85), sustenta a tese de que a decisão não deve seguir um procedimento silogístico, pois a tarefa do deliberador não é calcular resultados, ou seja, a decisão não é derivada de axiomas normativos por subsunção, mas apresentar a solução mais justa, adequada ao caso e razoável[61]. Nesse sentido, é preciso observar o contexto do caso, suas variáveis, os valores jurídicos, políticos, sociais, econômicos.

No entanto, isso não significa que a escolha tenha caráter arbitrário ou subjetivo, pois obrigatoriamente ela deverá estar amparada por, pelo menos, uma norma jurídica que lhe confere legitimidade, validade, universalidade e passível de correção. Consideremos o seguinte exemplo ilustrativo. É proibida a entrada de pessoas com animais nas salas de aula da universidade. Porém, João, deficiente visual e guiado por seu cão labrador, recentemente matricula-se na universidade. Se aplicarmos a norma proibitiva a esse caso, pelo processo lógico-formal, deveríamos impedir João de assistir as aulas na instituição e a decisão torna-se notadamente injusta. Dessa forma, a tarefa que se impõe ao Juiz, segundo Perelman (2004, p. 114), “é, portanto, a busca de uma síntese que leve em conta, ao mesmo tempo, o valor da solução e sua conformidade ao Direito”. Logo, muitas decisões jurídicas não devem estar pautadas por procedimentos lógicos, mas como afirma Coelho (2004, p. 86) “centrada na investigação da congruência entre a realidade, os valores, os meios e os fins da norma jurídica”.

Assim, em ambos os sistemas de normas é possível deliberar através de procedimentos não formais, embora a estrutura intelectual de cada um dos deliberadores siga um raciocínio estruturado a partir de um caso, de normas e princípios de orientação e uma conclusão. O que diferencia do método formal é a preocupação em obter resultado mais justo, sensato,

[61] Para Atienza (1989, p. 108) “una decisión jurídica es razonable en sentido estricto si, y sólo si, 1) se toma en situaciones en que no se podría, o no sería aceptable, adoptar una decisión estrictamente racional; 2) logra un equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se plantean en la decisión, y 3) obtiene un máximo de consenso”.

adequado e que leve em consideração os fatores subjetivos, sentimentais, contextuais, entre outros.

3.7 A deliberação baseada numa posição principiológica.

A deliberação no Direito e na Moral podem assumir uma posição principiológica, ou seja, o deliberador ao decidir entre as alternativas disponíveis leva em consideração os critérios de justiça material.

A posição moral que se aproxima é a ética das virtudes, ou seja, virtude é um traço característico manifestado nas ações habituais (Rachels, 2006, p. 177). A atitude moral é aquela em que decidimos baseado em uma virtude, ou seja, "para qualquer boa razão que possa ser dada em favor de se fazer uma ação, há uma virtude correspondente que consiste na disposição de aceitar e agir sob esta razão" (Rachels, 2006, p. 192). Podemos citar algumas virtudes: amizade, diligência, compaixão, consideração, coragem, cortesia, honestidade, justiça, lealdade, moderação, prudência, respeito, tolerância, entre outras (Rachels, 2006, p. 178). Um exemplo da aplicação da ética das virtudes ocorre quando um sujeito tem o dever de contar a verdade em circunstância dolorosa a alguém. Esse deliberador deverá levar em consideração qual das virtudes é mais importante que a outra, entre a honestidade e a bondade.

Já no Direito é possível que o deliberador decida baseado em princípios e que analisa o caso a partir de uma perspectiva da justiça material. Consideremos o exemplo exposto por Lorenzetti (2008, p. 15). "Imaginemos que uma pessoa tome emprestado um determinado valor em dinheiro, porém na não consegue cumprir com o prazo de pagamento por uma série de circunstâncias alheias. O credor decide então cobrar o valor por vias judiciais". O deliberador pode analisar o caso e ponderar entre a crise econômica do devedor, o direito do credor e os objetivos desse negócio. Ele pode adotar uma postura intermediária que possa favorecer ambas as partes através da mudança das cláusulas contratuais. Dessa forma, o devedor conseguirá cumprir com os compromissos e o credor receberá o que tem direito. Sua decisão não está baseada na aplicação estrita de regra (posição formal), tampouco numa posição consequencialista em que aplica-se regra com vistas aos resultados esperados, mas sim está amparada por princípios que leva em consideração o sistema de normas como um todo e ponderando princípios e regras[62].

---

[62] Para explicar essas decisões razoáveis e que façam justiça, Leibniz (Artosi; Pieri; Sartor, 2013, p. xxiv) faz uma analogia com vetores. Consideremos duas alternativas A e B em que cada uma delas concorre para a

3.8 A deliberação baseada numa posição consequencialista.

Vamos examinar nessa seção o modo de deliberar moral e jurídico amparado por uma postura consequencialista do deliberador, ou seja, sua decisão está amparada por uma regra do sistema normativo, mas de acordo com a análise das consequências que foram objetivadas (Lorenzetti, 2008, p. 15).

O deliberador moral ao adotar uma postura consequencialista de agir moral, sua atenção estará voltada para o objetivo que ele pretende atingir, isto é, projeta a escolha que pretende alcançar, analisa o caso e definir quais procedimentos, regras serão utilizadas para obter a decisão esperada. Seu foco estará direcionado para a obtenção dos maiores benefícios ou menores prejuízos com a escolha. Por exemplo, no caso hipotético descrito por Sandel (2012) do trem desgovernado que avança em alta velocidade e poderá, em poucos minutos, atingir cinco operários que trabalham nos trilhos. Nesse instante o deliberador moral tem a possibilidade de movimentar uma alavanca que muda a direção do trem para outros trilhos, mas isso implicará em matar um único trabalhador que também encontra-se trabalhando sobre os trilhos. O deliberador amparado pela postura consequencialista movimentaria a alavanca para salvar o maior número de pessoa, pois seu objetivo é obter as maiores vantagens ou o menor prejuízo.

Já a deliberação no sistema Jurídico também pode ser pautada por uma postura consequencialista em que o operador procura apresentar uma solução que proporcione maiores benefícios ou menores prejuízos. Por exemplo, uma ação de separação em que o casal disputa a guarda de uma criança e, em alguns casos, procuram se utilizar da criança para atacar a parte contrária. Nesse caso, o Juiz avaliará o caso com atenção e tomará a decisão que melhor atenda aos interesses da criança (as maiores vantagens ou os menores prejuízos). Outro exemplo já citado é o de “uma pessoa que toma emprestado um determinado valor em dinheiro, porém na não consegue cumprir com o prazo de pagamento por uma série de circunstancias alheias. O credor decide então cobrar o valor por vias judiciais” (Lorenzetti, 2008, p. 15). A postura consequencialista do deliberador leva em consideração o resultado, ou seja, o futuro de outros contratos estaria ameaçado se a decisão fosse favorável ao devedor; as promessas estabelecidas devem ser exigidas para manter a cooperação entre as partes. Para Rachels (2006, p. 107) a ideia fundamental da teoria consequencialista do agir é que a coisa certa a ser feita depende do resultado que ela produz, ou ainda uma ação está justificada se ela

---

solução do caso, porém com direções opostas. Assim, para que se obtenha uma solução equitativa é preciso equacionar as alternativas e procurar obter um meio-termo entre as alternativas opostas.

produz um equilíbrio entre felicidade e infelicidade e essa afirmação pode ser estendida tanto ao campo do Direito quanto da Moral.

3.9 A classificação entre princípios e regras na deliberação[63].

Nessa seção vamos tratar de maneira sintética a distinção entre princípios e regras no sistema jurídico e moral e destacar a importância dos princípios na solução daqueles casos que não são resolvidos adequadamente pelas regras.

Um sistema jurídico é composto por dois pares de dispositivos de lei, a saber, as regras e os princípios. As primeiras são, segundo Atienza e Manero (2005, p. 31), "[…] normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos". Ademais, estabelecem claramente o que deve ser feito, não deve ser realizado ou o que pode ser feito, por exemplo, as obrigações, autorizações, permissões ou proibições. Elas são de natureza densa (Dimoulis, 2003, p. 77)[64], isto é, são normas de "tudo ou nada" (são respeitadas ou não), não deixam margem para dúvidas e são taxativas. Para exemplificar esse caso, Carrió (1998, p. 217) utiliza a regra que estabelece a velocidade máxima de uma rodovia em 80 km/h: ou se está dentro do limite ou não se está – *tertium non datur*.

Por outro lado, os princípios estabelecem as metas, objetivos e os valores de um determinado sistema. Eles não são concretizados de maneira integral (tudo ou nada) como as regras, mas em graus, ou seja, em alguns contextos podem ser mais ou menos realizados. A título de exemplo utilizamos o princípio Constitucional (Art. 3º III) "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais". Essas metas não podem ser atingidas de uma única vez, mas graus de realização e depende das regras para a sua efetivação. Ademais, o princípio não parece ser exaustivo, pois os conceitos sofrem da "textura aberta" da linguagem (Struchiner, 2002), isto é, o significado das expressões, "pobreza (o que é ser pobre)", "marginalização (o que significa)", "reduzir (quanto)", "desigualdade" (como mensurar) não são taxativos.

---

[63] Ver Ghidolin, (2013, p. 179 - 198). Nesse artigo faço uma exposição detalhada da relação entre princípios e regras na deliberação jurídica e moral.

[64] As normas jurídicas são classificadas, segundo Dimoulis (2003, p. 77) em nove tipos e, dentre elas está a "densidade". As normas são consideradas *densas* quando são taxativas, claras e realizáveis na totalidade. Por outro lado, existem as normas *porosas* que são aquelas programáticas, que sua concretização depende de outras normas inferiores e da autoridade responsável pela sua realização.

Esse mesmo conjunto de pares (princípios e regras) pode ser analisado sob a perspectiva da Moral, não apenas para estabelecer uma simples classificação, mas para demonstrar como os princípios morais estão envolvidos na justificação e estabelecimento das regras morais. As regras, segundo Singer (1958, p. 193): "There is nothing that can correctly be said to be right or wrong; it is only a question of what is called right or wrong, and by what group it is so called". Além disso, as regras estabelecem o que é certo e errado e permitem exceções, pois dependendo da circunstância ela pode ser derrotada por entrar em conflito ou por existir uma justificativa para não segui-la. As regras morais são proposições que determinam que certas ações são, "geralmente", consideradas como certas ou erradas. Por exemplo, na maioria dos sistemas morais o ato de mentir ou trair confiança é reprovado, porém pode existir situação em que isso represente uma questão de sobrevivência. Assim, para Singer (1958, p. 192), as regras morais não possuem caráter absoluto (como é o caso dos princípios) do que deve ou não ser feito e não existe o certo ou errado enquanto essência, mas aquilo que qualificamos como certo ou errado. Além disso, elas variam de sociedade para sociedade e permitem exceções em determinados casos.

Já os princípios morais são considerados como dispositivos invariáveis que servem para criar novas regras morais, mudar as antigas, oferecer soluções mais adequadas, funcionando como método para preencher lacunas e resolver eventuais antinomias entre regras. Segundo William Whewell: "Who speaks of moral principles as the fundamental maxims or rules, the basis of other rules, and says that in order […] to establish and apply moral rules, we must state the moral principles which are the foundation of such rules (*apud*, Singer, 1958, p. 160)". Os princípios não estabelecem as condições de "certo e errado", do que "deve ou não deve ser", não contêm "fato típico" e atribuições exclusivas das regras morais (Singer, 1958 p. 164), mas possui, pelo menos, uma regra que permite sua realização. Além disso, eles não permitem exceções, são invariantes e não entram em conflito entre si (Singer, 1958, p. 192).

Essa classificação em princípios e regras possui uma importância central em cada um dos sistemas de normas, pois a tarefa do deliberador é resolver os casos apoiado em uma regra do sistema. Porém, as transformações sociais têm produzido uma multiplicidade de casos novos e cada vez mais complexos (fáceis, difíceis e trágicos) alargando a distância entre o "mundo finito de normas" e o "mundo infinito de fatos" e dificultando a solução de certos casos. É nesse momento que os princípios são utilizados para auxiliar daqueles casos em que as regras não oferecem uma solução precisa, adequada ou razoável.

4 O RESULTADO DA DELIBERAÇÃO

O objetivo dessa seção é abordar os aspectos que estão relacionados com o resultado da deliberação de dilemas morais e jurídicos, ou seja, apresentar os argumentos favoráveis à tese de que os dilemas são solúveis, as razões que justificam as escolhas, a possibilidade de revisão, se a alternativa selecionada em um caso pode se tornar padrão para as demais ocasiões, os efeitos negativos ou positivos que podem decorrer e, por fim, como é feita a prestação de contas do deliberador pelas escolhas morais e jurídicas.

4.1 A justificação interna ou externa da deliberação

O agente moral ao se deparar com um dilema (genuíno, pseudo ou que envolve múltiplos sistemas) sente a necessidade de justificar sua escolha. Se ele adotar uma perspectiva racionalista do agir moral, as razões serão encontradas em regras ou princípios morais, possibilitando análise dos passos executados. Porém, se o deliberador adotar uma perspectiva não racionalista, sua escolha ainda está pautada por regras ou princípios, mas o que se destaca são os fatores subjetivos e emocionais em torno do caso. Em ambos os procedimentos, a justificação tem um caráter interno com o objetivo de proporcionar a sensação de que fez a coisa certa, evitar consequências negativas afetem e lhe causem angústias e arrependimentos, embora em certos casos isso seja inevitável. A segurança é uma sensação interna do deliberador na medida em que ele escolhe seguindo procedimentos ou racionais ou não racionais que justifiquem sua opção.

Já a deliberação jurídica exige, num primeiro momento, que a justificação da decisão seja necessariamente formal e externa, isto é, o deliberador tem a obrigação de apresentar as razões, baseadas em normas ou princípios do sistema e garantir a correção, tanto para os interessados no caso quanto para a sociedade em geral, pois sua decisão abre precedente para outras situações. A segurança é uma qualidade conferida pelo próprio sistema, na medida em que o deliberador decide apresentando justificativa formal (normas e princípios) da sua decisão. Ademais, ele, do mesmo modo que na deliberação moral, também busca sentir-se emocionalmente seguro com a decisão prolatada. Algumas delas devem atender as exigências básicas de uma decisão válida, isto é, enquadram-se perfeitamente em uma regra do sistema. Porém, existem alguns casos em que o deliberador deverá apresentar argumentos adicionais (apelo a princípios, análise das circunstâncias do caso, a ponderação dos interesses envolvidos, dos efeitos da escolha) a fim de oferecer uma resposta mais adequada, mais justa, razoável e, por consequência, a sensação de que tomou a melhor decisão.

4.2 A revisão da deliberação

Os dilemas morais causam certo impacto ao deliberador por duas razões. A primeira delas porque ele está diretamente envolvimento com o caso ou por fatores emocionais que já foram discutidos. A segunda razão repousa na impossibilidade de realizar as alternativas disponíveis e, acima de tudo, de modificar uma escolha uma vez implementada ou por sensação de que não fez a escolha correta, por arrependimento ou culpa. Outro fator que também potencializa a sensação causada pelo dilema moral é a falta de tempo necessário para refletir e ponderar as alternativas que se apresentam. Esse processo conflitante do dilema é uma etapa de aprendizado para o deliberador para que ele possa aprender a lidar com o conflito, manter a escolha para uma próxima oportunidade ou mudá-la em razão dos efeitos negativos que resultaram. A vida moral do deliberador não é uma linha reta, clara, objetiva e previsível, mas sujeita ao aparecimento de prováveis dilemas e riscos pelas escolhas, como em qualquer outro âmbito da vida social.

Já no Direito a decisão pode não ser definitiva, pois ela pode ser modificada quando houver vício de forma (problema jurídico), injustiça ou pedido de recurso de uma das partes envolvidas (e se realmente existir direito de recurso). Dessa maneira, não há um temor subjetivo e emocional do deliberador no mesmo grau que a moralidade, pois o deliberador jurídico atém-se quase que exclusivamente ao cumprimento de uma decisão legal e formal. Além disso, se a escolha exigir modificação essa tarefa caberá a outros deliberadores, ou seja, transfere-se a responsabilidade dessa nova decisão, que poderá ser mantida ou modificada, até o momento em que a última instância do sistema jurídico concede a decisão final. Em cada uma dessas etapas percebemos que o deliberador cumpre um “papel” no processo de decisão como agente externo muito diferente da deliberação moral.

4.3 O padrão da deliberação

A escolha moral deve, para os racionalistas (como Rachels, Kant), seguir um procedimento dedutivo de escolha baseado em princípios ou regras, que possa justificar sua escolha de maneira segura e que não se deixa influenciar por aspectos subjetivos ou emocionais do caso. A justificação moral obedece um padrão racional, o rigor, a universalidade e serve de parâmetro para qualquer deliberador que se encontre na mesma circunstância, pois nesse caso só existe uma escolha correta. Por exemplo, salvar uma pessoa do afogamento é um dever moral absoluto independentemente se essa pessoa é seu maior inimigo.

Porém, aqueles que não seguem teorias racionalistas admitem que não há um padrão a ser seguido, pois cada decisão dependerá de fatores subjetivos, emocionais do agente e variáveis do caso que exigirão uma escolha fruto dessa análise, ponderação a fim de obter a solução mais adequada, a melhor alternativa para aquela situação e que procure evitar ao máximo efeitos negativos. Por exemplo, uma criança diagnosticada com doença que exija doação de medula; em razão da dificuldade em encontrar doadores compatíveis, os pais resolveram ter outro filho que teria grandes chances de salvar o primeiro, embora houvesse chances de negativas dessa irmã ser compatível e riscos para ambas (Zero Hora, 2015)[65].

No Direito acontece algo parecido, pois toda decisão torna-se paradigma para que outros deliberadores possam acompanhar situações semelhantes, mas não existe nenhuma obrigação, pois o deliberador pode decidir conforme seu entendimento (livre convencimento) e levando em consideração aspectos particulares do caso e por fatores subjetivos. As soluções já adotadas servem como argumentos para reforçar e fundamentar o pedido e convencer o deliberador a decidir da mesma maneira que as anteriores. Quando houver esse entendimento, esse precedente se consolida numa determinada área do Direito, ou seja, sempre se julga dessa maneira, então essa jurisprudência se transforma em regra que deverá obrigatoriamente ser seguida nas próximas oportunidades. A estrutura do raciocínio, nesse caso, obedece ao modo racional e silogístico de decidir.

Assim, existem aqueles deliberadores morais e jurídicos que admitem que as decisões e escolhas passadas servem de parâmetro para as próximas oportunidades, embora a outra parcela de cada um dos sistemas sustente que as escolhas dependem de fatores particulares que individualizam a decisão.

4.4 Os efeitos da deliberação

As ações que envolvem exclusivamente o sistema Moral podem produzir efeitos negativos de natureza psicológica para o deliberador ou porque ele não conseguiu realizar as alternativas disponíveis ao mesmo tempo ou porque se arrependeu da escolha ou por se sentir culpado pela escolha. Nesse sentido, conforme o tipo de dilema enfrentado pelo deliberador maior ou menor será o grau de cautela na tomada de decisão para evitar, ao máximo, os resultados desagradáveis ao deliberador. Mas se o dilema refere-se a mais de um sistema de norma, então poderá oportunizar efeitos tanto de origem psicológica (subjetivas) quanto fáticas (externas). Por exemplo, o dilema moral e bioético relatado por Beauchamp e

[65] Disponível em: http://zh.clicrbs.com.br/rs/vida-e-estilo/vida/noticia/2015/01/pais-decidem-ter-bebe-para-salvar-filha-de-doenca-4682228.html. Acesso em: 16/01/2015.

Childress (2011, p. 64). “Uma menina de 5 anos é diagnosticada com insuficiência renal e os tratamentos não estão funcionando adequadamente. A equipe médica propõe um transplante de rim, mas a eficácia desse procedimento é questionável, pois o prognóstico é incerto. Os pais concordam em realizar esse procedimento, mas apenas o pai é compatível”. Porém, após refletir o pai informa o médico que não deseja doar o rim por vários motivos, dentre eles, falta de coragem, prognóstico incerto e o medo da cirurgia. Então, o pai pede ao médico que diga ao restante da família que ele não é compatível, pois teme que seja acusado pela morte da filha. A decisão para esse caso implicará em múltiplos efeitos tanto no deliberador, seus familiares quanto para a criança que aguarda pelo transplante.

A preocupação com os efeitos de uma deliberação também são levados em consideração no Direito. Essa cautela se dá em razão dos possíveis efeitos decorrentes e em certos casos irreversíveis. Consideremos a discussão em torno do uso de embriões congelados a mais de três anos para uso terapêutico. No ano de 2005 foi criada a “lei de biossegurança” (11.105/2005) que regulamentava a utilização, mas pouco tempo depois, no ano de 2008, foi constatado o conflito entre o Art. 5º dessa lei e o princípio constitucional que garante o direito à vida (Art. 5º da Constituição Federal/88)[66]. Na oportunidade foi realizada uma audiência pública com todas as áreas interessadas no debate (psicologia, Direito, religião, bioética, biotecnologia) com o intuito de evitar efeitos irreparáveis contra uma vida humana. Uma decisão precipitada geraria efeitos irreversíveis, por isso a reflexão foi necessária para discutir o status do embrião congelado, ou seja, se ele era caracterizado como uma vida humana ou apenas um conjunto de células passíveis de serem utilizadas para fins terapêuticos.

Essa discussão sobre a lei de biossegurança demonstra a necessidade de tomar cuidado (princípio de cautela) quando não se tem a certeza dos resultados e das implicações. Além disso, toda decisão no sistema jurídico abre precedente para que outras situações semelhantes sigam a mesma orientação. Dessa forma, os efeitos não são apenas diretamente ligados ao caso, mas em toda sociedade que pode avaliar como positiva ou negativa a deliberação, inclusive dando crédito ou descrédito à função do deliberador.

4.5 A prestação de contas da deliberação

Nessa seção vamos examinar a prestação de contas das deliberações feitas no âmbito dos sistemas Moral e Jurídico. O agente moral não tem o compromisso de apresentar, a

[66] Foi movida uma Ação de Direta de Inconstitucionalidade (ADI – 3.510). Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510. Acesso em: 16/01/2015

terceiros, as razões que o levaram a escolher determinada alternativa. Trata-se de uma satisfação interna e sensação do dever cumprido, pois ele é o interessado na ação moral, exceto que a deliberação envolva, além da Moral, outro sistema de norma que exige justificativa externa. Vejamos dois exemplos. O primeiro, descrito por Sartre (2012), em que um de seus alunos relata um conflito, pois seu irmão mais velho havia sido morto na ofensiva alemã de 1940 e ele desejava vingá-lo. Sua mãe perturbada pela semitraição do pai (por tendências colaboracionistas) e pela morte do filho mais velho o vê como único consolo. Logo, esse rapaz encontra-se diante da seguinte escolha: partir para a Inglaterra a fim de vingar a morte do irmão ou permanecer ao lado de sua mãe e ajudá-la a viver. A decisão diz respeito exclusivamente ao deliberador e é "facultado" a justificação a terceiros envolvidos no caso.

Já o segundo caso é de uma enfermeira que se recusa a auxiliar na prática de um aborto. Sua justificativa para tal recusa está baseada no respeito ao princípio da vida como um bem sagrado e que é errado matar intencionalmente um ser humano (Beauchamp e Childress, 2011, p.30). Sua escolha não tem implicação apenas pessoal, mas com os demais envolvidos na suposta prática de aborto, na vida do feto e, numa hipótese de serem descobertos, também no âmbito jurídico.

Já no sistema jurídico a justificação e fundamentação da escolha é uma condição "obrigatória" e de natureza externa, ou seja, as partes envolvidas e a sociedade em geral são os destinatários da deliberação e não o deliberador que apenas cumpre seu papel de funcionário do Direito. Em segundo lugar, é preciso apresentar os procedimentos que o levaram a decidir daquela forma com o objetivo de avaliar a correção do procedimento. Por fim, o deliberador também deve ter a sensação de que fez o melhor no exercício de sua função.

Dessa forma, existe uma diferença entre os sistemas de normas, pois o agente moral não tem a obrigação de prestar contas das escolhas realizadas; elas têm caráter subjetivo, pois referem-se ao sentimento de ter feito a coisa correta. Já o deliberador do Direito tem a obrigação de deixar claro todos os procedimentos que o conduziram a decisão, ou seja, o dever de justificar perante o poder judiciário e para a sociedade civil que é beneficiária desse serviço.

Considerações Finais

Ao final desse trabalho que procurou apresentar os componentes da deliberação, seus correspondentes critérios, as aproximações e diferenças dos critérios do sistema jurídico e moral, chegamos aos seguintes resultados:

1) Que o objetivo do sistema jurídico é responder a "todas as demandas" pertencentes ao mundo do Direito (obrigação prevista, por exemplo, no Art. 126 Código de Processo Civil), independente de eventuais dificuldades, dilemas ou lacunas da lei (nesse caso aplica-se, subsidiariamente, o Art. 4º Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). A solução apresentada, talvez, não seja a mais adequada, justa ou correta, mas o operador tem a "obrigação de decidir"[67], à aquele que acorre ao poder judiciário para resolver seu problema. Além disso, toda solução num sistema *Civil Law*[68], necessariamente, deve estar amparada por uma norma ou princípio do sistema[69]. Já o agente moral não tem a obrigação de decidir, mas o "dever de escolher" e agir conforme os parâmetros determinados pela moral eleita por ele. O ato de escolher pressupõe seguir regras/princípios de um sistema moral ou apoiada em fatores subjetivos. Nesse sentido, é possível elaborar uma taxonomia de escolhas morais baseada na proposta de Leibniz (Artosi; Pieri; Sartor, 2013, p. 76) aplicada ao Direito. O agente moral, diante de um suposto caso simples ou de um dilema, pode deixar de escolher ou escolher uma das alternativas disponíveis (essa é a posição que defendemos ao longo do texto, especificamente no item 3.3). A escolha poderá estar amparada por uma regra ou princípio do sistema moral definido pelo deliberador, mesmo que ele não reconheça como a mais adequada. Por outro lado, o agente moral poderá escolher a partir de fatores subjetivos tais como aspectos emocionais, a proximidade com o caso, possíveis impactos negativos que a escolha formal poderia proporcionar ou quando, que pela análise das circunstâncias, percebe-se uma solução mais justa. Sendo assim, os dilemas, morais e jurídicos, exigem o cumprimento de uma ação (dever moral de escolher e a obrigação jurídica de decidir), que é o de escolher/decidir (plano do dever), entre alternativas que não podem ser realizadas

[67] Faço, no item 3.4 desse trabalho, uma distinção entre a "obrigação de decidir" do operador do Direito e o "dever de escolher" do agente moral.

[68] Os sistemas jurídicos podem ser classificados em duas tradições clássicas, a saber, a *Civil Law* e *Common Law*. A primeira família jurídica de origem romano-germânico (que se formou na Europa Continental) concebe o Direito como um sistema coerente de leis (e princípios) escritas, fruto da criação legislativa, dispostas em hierarquia e como fonte primária da decisão (o Direito brasileiro pertence a esse sistema). A segunda família jurídica, que teve origem nos tribunais Reais da Inglaterra e depois se espalhou para outros países como os Estados Unidos, é baseado nas decisões criadas pelo juiz (em nome Rei) e amparadas nos precedentes judiciais (com força obrigatória para casos futuros), mais do que nas leis escritas. (David, René, 2002).

[69] O próprio Leibniz (Artosi; Pieri; Sartor, 2013, p. xxii e p. 76), pertencente a Escola Jusnaturalista do Direito, sustentava que todo caso jurídico possuía uma solução baseada em uma norma, inicialmente apoiada no direito positivo (concreto) e na ausência recorria ao direito natural (abstrato). Em outras palavras, sempre haveria uma solução baseada em uma lei, ou do direito positivo ou do direito natural.

simultaneamente. Logo, é preciso escolher/decidir entre a opção A ou B (plano das possibilidades) e jamais estaremos diante de dois deveres conjuntivos;

2) Que dilemas práticos “genuinamente” morais e jurídicos não existem, pois os conflitos entre alternativas fazem parte de distintos sistemas de normas, como por exemplo casos em que uma das alternativas pertence a Bioética e a outra ao Direito, ou uma delas de origem moral e a outra jurídica, etc. Além disso, que os pseudo-dilemas são fruto de: a) um problema teórico resultado da deficiência da teoria adotada, embora a simples criação uma norma pode eliminar o dilema; b) de um problema do próprio deliberador, por uma limitação cognitiva, ou pela adoção de princípios de distintos sistemas de normas que ocasionam o conflito; c) pelo surgimento constante de casos novos não previstos pelo sistema de normas e que ocasiona uma condição de conflito, porém o conjunto de normas do sistema, internamente, é coerente. Desse modo, os casos denominados “perplexos”, “problemáticos”, “difíceis” ou “trágicos” podem ser reconhecidos em razão, usando as palavras de Kuhn (1998), de uma “crise do paradigma” normativo padrão que não dá conta de maneira precisa desses casos novos. Eles sinalizam os limites do sistema de normas padrão ou, muitas vezes, são criações mentais elaboradas para testar o comportamento do sistema de normas diante de situações extraordinárias. Mesmo assim, todo caso jurídico tem amparo no sistema normativo e toda deliberação moral possibilita uma escolha ou baseada no sistema de normas ou por fatores subjetivos do agente moral.

3) Que os pseudo-dilemas parecem mais graves na Moral do que no Direito pela proximidade do agente com o caso, isto é, o deliberador está diretamente afetado pelo problema ou é parte dele, enquanto no Direito o operador é apenas um espectador, muitas vezes, alheio ao caso, facilitando o trabalho de decisão e quando necessário e possível até a mudança do resultado. Outro fator que influencia na escolha do agente moral é o pouco tempo para refletir sobre a melhor alternativa a ser tomada e a impossibilidade de mudar a escolha, proporcionando uma sensação de estar diante de um genuíno dilema moral. Já um caso jurídico, supostamente dilemático, pode ser apreciado com o tempo necessário para que o operador reflita e possa chegar, segundo seu convencimento, à melhor solução. Se a decisão for reconhecida como inadequada ou injusta ela poderá ser reformada por instância superior.

Referências Básicas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros, 2012.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco.* Livro II. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

ARTOSI, A; PIERI, B; SARTOR, G. *Leibniz: logico-philosophical puzzles in the law. Philosophical questions and perplexing cases in the law.* Vol 105. Springer: New York, 2013.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito.* São Paulo: Landy, 2002 [1991].

_____; MANERO, Juan. *Las piezas del derecho.* Barcelona: Ariel, 2005.

BBC – Brasil. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/05/140508_ troca_embrioes_italia_pai_ez. Acesso em: 08 de maio de 2014.

BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. *Princípios de ética biomédica.* São Paulo: Edições Loyola, 2011.

BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade.* Brasília: Editora da UnB, 1981.

BOBBIO. Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.* Brasília: UnB, 1999.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19/01/2015.

_____. *Ação direta de inconstitucionalidade.* Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510. Acesso em: 16/01/2015.

_____. *Lei de biossegurança - 11.105 de 24 de março de 2005.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: 19/01/2015.

BRINK, David. "Moral conflict and its structure". In: *The Philosophical Review*. v. 103, n 2, 1994, p. 215 – 247.

BULYGIN, Eugenio. *Los jueces crean derecho?* In: *Doxa - Isonomia*, n. 18, abril de 2003, p. 06 – 25.

CARRIÓ. Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito.* São Paulo: Editora RT, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito.* 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002 [1977].

FULLER, Lon. *Caso dos exploradores de cavernas.* São Paulo: Universitária de Direito, 2003.

GHIDOLIN, Clodoveo. "Classificação em princípios e regras na deliberação jurídica e moral". In: *Revista Scientia Iuris*. v. 17, n. 01, jul 2013, p. 179 – 198.

_____.; SAUTTER, Frank. "Sobre uma taxonomia dos casos jurídicos". In: *Revista Estudos Jurídicos*. Vol. 38, nº 03, set – dez, 2005, p. 05 – 10.

GRAU, Eros R. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito.* São Paulo: Malheiros, 2006.

GUIMARÃES, Deocleciano. *Dicionário técnico jurídico.* São Paulo: Rideel, 2004.

KUHN, Thomas. *Estrutura das revoluções científicas.* São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Rio do Janeiro: Elsevier, 2008.

MURDOCH, Iris. *Existentialists and mystics: writings on philosophy and literature.* New York: Penguin Book, 1999.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

RACHELS, James. *Os elementos da filosofia moral.* São Paulo: Manole, 2006.

RICOUER, Paul. *O si-mesmo como um outro.* Campinas: Papirus, 1991.

SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARTRE, Jean P. *O existencialismo é um humanismo.* Porto Alegre: Editora Vozes, 2012.

SINGER, Peter. *Ética prática.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SINGER, Marcus. Moral rules and principles. *In: Essays in Moral Philosophy*. University of Washington Press, 1958.

STATMAN, Daniel. A new argument for genuine moral dilemmas? In: *The Journal of Value Inquiry*. Vol. 26, 1992, p. 565 – 575.

STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação no direito.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STYRON, William. *A escolha de Sofia.* São Paulo: Geração Editorial, 2010.

TAPPOLET, Christine. Dilemas morais: os dilemas morais e os deveres prima facie. *Dicionário de Ética e Filosofia Moral*. São Leopoldo: UNISINOS, 2003, p. 444 – 450.

WILLIAMS, Bernard. Ethical consistency. *Proceedings of the Aristotelian Society*, suppl. vol. XXXIX, 1965, p. 103 – 124.

ZERO Hora. *Pais decidem ter bebê para salvar filha de doença*. Disponível em: http://zh.clicrbs.com.br/rs/vida-e-estilo/vida/noticia/2015/01/pais-decidem-ter-bebe-para-salvar-filha-de-doenca-4682228.html. Acesso em: 16/01/2015.

Referências Complementares

ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Normative systems.* New Cork: Springer Verlag, 1971.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* São Paulo: Malheiros, 2007.

GUEST. Stephen. *Ronald Dworkin.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

LARIGUET, Guillermo. Conflictos trágicos genuinos, ponderación y límites de la racionalidad jurídica. In: *Doxa - Isonomia*, n. 24, abril de 2006, p. 94 – 113.

MARCUS, Ruth. Moral dilemmas and consistency. *The Journal of Philosophy*. vol LXXVII, n. 3, 1980, p. 121136.

NAVARRO, Pablo. Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho. In: *Doxa*, n. 14, 1993, p. 243 – 268.

POUND, Roscoe. *Introdução a filosofia do direito.* Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965.

SARMENTO, Daniel. *Ponderação de interesses na constituição federal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STATMAN, Daniel. The debate over the so-called reality of moral dilemmas. In: *Philosophical Papers*, vol. XIX, 1990, p. 191 – 211.

_____. Hard cases and moral dilemmas. In: *Law and Philosophy*, vol. XV, 1996, p. 117 – 148.

CONSIDERAÇÕES FINAIS DA TESE

Todos os dias somos surpreendidos por novas demandas para a ação, algumas delas cada vez mais complexas que desafiam o conjunto de normas e o deliberador na busca de uma resposta adequada e outras multidisciplinares em que a solução não se restringe a um único sistema. É diante dessa realidade em transformação que muitos teóricos, tanto do Direito quanto da Moral, dedicaram e dedicam seus esforços na análise, discussão, classificação, e resolução de casos, com abordagem especial aos casos dilemáticos. Epistemologicamente é essencial falarmos de uma taxonomia de casos (fáceis/não-problemáticos, difíceis/problemáticos e trágicos/dilemáticos) a fim de avaliarmos e prepararmos o sistema de normas para situações futuras não previstas e que poderiam causar dificuldades para o deliberador. Por outro lado, existem teóricos e deliberadores (da Moral e do Direito) que discordam dessa análise e, principalmente, da existência de casos trágicos e da dificuldade em solucioná-los pela falta de uma suposta solução clara. Foi diante desse cenário entre deliberadores favoráveis e os contrários à existência de dilemas que nos propomos, nessa tese, responder às seguintes questões: Existem realmente casos dilemáticos? Se existem dilemas morais e dilemas jurídicos, são solúveis ou insolúveis? Se existem, quais sistemas de classificação levam em conta esta existência? Qual classificação é útil para comparar os dilemas morais e legais?

Sendo assim, o tema dessa tese de doutorado ficou restrito à análise comparativa dos dilemas no âmbito da Moral e no âmbito do Direito com o objetivo de sustentar que dilemas *genuinamente* morais e dilemas *genuinamente* jurídicos não existem, e que todos os casos, inclusive os exemplos utilizados e referidos na literatura, são perfeitamente solucionados. Para sustentar nossa tese reunimos seis argumentos que representam os pontos essenciais desse trabalho. Dessa forma, os dilemas resultam: 1) de fatores dependentes do deliberador ou 2) por variáveis externas, alheias ao deliberador.

1.1) O deliberador identifica a solução do caso em distintos sistemas de normas. O dilema não existe em si mesmo, mas é resultado da tentativa do deliberador de resolver o caso a partir da aplicação de regras ou princípios de distintos sistemas de normas. O deliberador, em geral, não é fiel a um único sistema de normas e acaba alternando posicionamentos normativos conforme o caso na tentativa de resolver da melhor maneira possível. Porém, ele fica indeciso, não consegue identificar a solução mais adequada para o caso e tem a sensação de que ambas alternativas são equivalentes em grau de importância, ou seja, conclui que se

trata de um dilema. Por exemplo, a atitude de Oskar Schindler, "industrial alemão, que durante a segunda guerra mundial utiliza-se de estratagemas ilegais e suborno aos membros da SS e oficiais para salvar aproximadamente 1200 judeus do campo de concentração" (Singer, 2002, p.305). O deliberador pode optar por uma escolha ética ou jurídica. Outro exemplo é a adoção da ortotanásia como método para aliviar o sofrimento de pacientes terminais e que coloca frente a frente aqueles que defendem essa prática apoiados na resolução (1.805/2006)[70] do Conselho Federal de Medicina e aqueles que não aceitam nenhuma forma de antecipar a morte por questões religiosas, ou seja, há uma forte carga emocional resultante do contraste entre a esperança dos familiares de cura/recuperação e, de outro, o desejo de evitar maiores sofrimentos (um exemplo disso pode ser visto na película "Mar Adentro"). O dilema propriamente não existe, mas sim um caso complexo cercado de fatores emocionais que acabam gerando um conflito, pois o caso permite obter resposta em distintos sistemas normas e caberá ao deliberador definir qual deles apresenta a solução mais adequada para a circunstância.

1.2) Os casos dilemáticos são criações mentais elaborados pelo teórico. Muitos casos utilizados na literatura do Direito e da Moral são elaborados com o objetivo de avaliar, analisar e testar o comportamento do conjunto de regras e princípios para futuras situações extraordinárias. Essa reflexão apoiada em casos hipotéticos desempenha um papel fundamental na vida do sistema, isso porque sempre existirá um descompasso entre o número limitado de normas do sistema e o conjunto infinito de casos, e constantemente surgem situações sem previsão específica dificultando a solução, causando dúvida no deliberador e o aparecimento de supostos dilemas. Além disso, esses casos auxiliam na análise de prováveis argumentos, novos métodos para solução de problemas ou até mesmo a mudança do atual sistema em razão da sua deficiência por um novo modelo mais eficaz (uma posição kuhniana de substituição do paradigma padrão em crise por outro melhor e mais eficiente). A utilização de casos hipotéticos pode demonstrar a fragilidade de sistemas em fornecer uma solução clara e exigindo do deliberador a escolha daquela que melhor resolve o caso. O debate epistemológico dos casos hipotéticos busca responder a seguinte questão: o que você faria diante de um caso X? Por exemplo, o caso descrito por Sandel (2012) do trem desgovernado

[70] Segundo a ementa da resolução, na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal, ou seja, a adoção da ortotanásia. O Art. 1º da resolução estabelece que: *É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.*

que avança em alta velocidade e poderá, em poucos minutos, atingir cinco operários que trabalham nos trilhos. Nesse instante um agente moral tem a possibilidade de movimentar uma alavanca que muda a direção do trem para outros trilhos, mas isso implicará em matar um único trabalhador que também se encontra trabalhando sobre os trilhos. A resposta a esse caso ilustrativo dependerá da posição teórica adotada pelo deliberador, isto é, se ele partilha da posição utilitarista, então sua escolha vai procurar salvar o maior número de pessoas mesmo que tenha que sacrificar a vida de uma delas. Porém, se a postura do agente é principiológica, então sua escolha não permite matar nenhuma pessoa a fim de salvar muitas[71]. Outros exemplos hipotéticos podem ser encontrados na obra de Cohen "101 dilemas éticos" (2012), na literatura grega com *Ilíada* de Homero (2008), *Eneida* de Virgílio (2005), na trilogia *O tempo e o vento:* "Um certo capitão Rodrigo" (2013), o caso hipotético do asno de Buridan (Espinosa, 2009), na psicologia com os dilemas de Heinz (1987), em películas como "Menina de Ouro" (2004). Assim, dependendo do sistema moral adotado pelo agente (consequencialista ou principialista), implicará em distintas soluções.

1.3) O dilema é resultado do reconhecimento por parte do deliberador e da teoria adotada por ele. Um determinado deliberador X apoiado em uma teoria (moral ou jurídica) T1 poderá reconhecer um certo caso "S" como dilemático e, portanto, real. Por outro lado, esse mesmo fato "S" para o deliberador Y, baseado numa teoria T2, poderá representar um dilema aparente, quando o sujeito não consegue perceber qual das alternativas deve escolher. Por fim, um deliberador Z apoiado em uma teoria T3 pode não reconhecer o caso "S" como um dilema, mas uma situação como qualquer outra. Consideremos o caso utilizado por Benjamim Constant e avaliado por Kant (1997) de um assassino que bate a porta com a intenção de matar seu amigo que está em sua casa. Você deve dizer a verdade quando o assassino perguntar sobre o paradeiro do seu amigo, ou deve mentir e dizer que o amigo não se encontra no local?. Esse caso nos permite alcançar três possíveis respostas, a saber, que um deliberador, amparado em uma posição utilitarista e por razões subjetivas, minta ao ladrão com o objetivo de salvar o amigo. Já para um deliberador de vertente kantiana existe um único dever que é dizer a verdade em todas as circunstâncias independente das consequências, mesmo que isso custe a vida de uma pessoa. Mas provavelmente outro deliberador encontrará dificuldade em decidir por considerar uma situação dilemática. Dessa forma, casos

[71] Existe uma diferença entre uma escolha moral na perspectiva teórica e como ela ocorre na prática. Nossa descrição retrata como a deliberação teoricamente é realizada, ou seja, o deliberador faz sua escolha com base em um sistema de normas. Porém, na prática o agente moral realiza uma determinada ação moral ou escolhe entre alternativas disponíveis sem a necessidade de antecipadamente estabelecer uma teoria de base e, muitas vezes, pode variar seus interesses, posições teóricas ou agir sem dar-se conta de qual teoria utilizou. Logo após a escolha é possível analisar o resultado e acomodar essa escolha a um sistema de norma.

dilemáticos são qualificações atribuídas pelo deliberador que apoiado em sua teoria de base não consegue adequadamente resolver o problema; ele consulta sistemas distintos para resolver o caso; avalia as consequências negativas da provável escolha e sente-se inseguro ou procura alterar posicionamento conforme o tipo de caso.

1.4) O deliberador tem a sensação de estar diante de um casos simétrico e, portanto, dilemático. Outro fator que pode dificultar a escolha/decisão do deliberador é a sensação de estar diante de um caso prático "simétrico" e, portanto, não há um modo de mensurar os argumentos e identificar aqueles que se sobressaem em relação aos outros. Entretanto, os casos jurídicos e os casos morais não são de natureza simétrica a ponto de impossibilitar o deliberador de reconhecer os melhores argumentos e a resposta mais apropriada ao caso. O exemplo que frequentemente é tratado como simétrico é "A escolha de Sofia", por estar obrigada, sob ameaça do soldado, a decidir pela vida de um dos filhos no campo de concentração. A dificuldade em reconhecer a melhor solução pode estar na limitação humana, pois o deliberador não consegue identificar as razões que demonstram a superioridade de uma alternativa sobre a outra, ofuscado por fatores subjetivos (emocionais) ou por uma falsa incomensurabilidade entre as alternativas. Nesse caso identifica-se a presença de dilema insolúvel, mas sua natureza é meramente epistemológica, pois a resposta existe, ainda que o deliberador tenha dificuldade para reconhecer qual delas é a melhor alternativa. A escolha de Sofia em favor do menino, o filho mais velho, mesmo que dolorosa e traumática, pode ter sido feita por suas maiores chances de sobrevivência do que sua irmã numa situação tão hostil. Já os casos "assimétricos" são aqueles em que as propriedades consideradas moralmente relevantes não são idênticas e a escolha por uma delas poderá obedecer a critérios objetivos ou sentimentais. Entretanto, essas propriedades moralmente relevantes são determinadas pelas teorias de base do deliberador ou por variáveis do contexto específico, pois é possível encontrarmos um caso em que certas propriedades são moralmente relevantes em uma teoria e não em outra. Assim, se o caso em questão for assimétrico então naturalmente uma das alternativas se mostrará mais adequada em relação a outra e permitirá a identificação do dever moral ou da decisão jurídica mais adequada. Porém, se o deliberador reconhece um caso como simétrico ele também estará diante de uma escolha/decisão disjuntiva, pois diante da impossibilidade de identificar a superioridade entre as alternativas disponíveis, então basta escolher/decidir por uma delas utilizando qualquer critério subjetivo de preferência, importância ou ainda sem critério algum.

2.1) O dilema surge por um problema interno do sistema de normas e alheio ao deliberador. A solução de um caso jurídico ou moral depende da existência e aplicação de

uma regra/princípio do respectivo sistema através de um processo de subsunção. Mas as transformações sociais promovem o aparecimento de casos em que é possível aplicar mais de um princípio ou regra ao mesmo sem que possam ser realizados ao mesmo tempo. Na primeira situação, o deliberador reconhece a presença de um dilema pelo confronto entre princípios, ou seja, ambos princípios garantem uma decisão adequada ao caso, embora não possam ser concretizados ao mesmo tempo. Esse conflito não representa uma incompatibilidade ou antinomia, mas uma situação de "concorrência" entre eles e a solução depende da ponderação – análise do peso dos interesses envolvidos – e da identificação do valor que se sobressai, para o caso específico, em relação ao outro princípio. Por exemplo, um paciente que necessita com urgência de transfusão sanguínea para sobreviver, mas se nega a realizar o procedimento porque é praticante da religião "Testemunhas de Jeová" que, por razões doutrinárias, não aceita esse método. O caso coloca frente a frente dois direitos fundamentais presentes no Artigo 5º da Constituição Federal[72], a saber, o direito à vida (*caput* do Artigo) e o livre exercício dos cultos religiosos (Inciso VI)[73]. Já na segunda situação o dilema é resultante do conflito entre duas regras do sistema e a solução pode estar amparada também na ponderação dos interesses envolvidos e sem que se elimine uma delas pela aplicação dos métodos tradicionais[74]. Essa proposta de ponderar regras é adotada por Ávila (2007) e que contraria as teses clássicas de Alexy e Dworkin em que tal método só é aplicado a princípios. Por exemplo, uma criança brasileira, fruto de inseminação artificial, deseja saber quem são seus ascendentes. Esse direito fundamental, presente no Art. 11 do Código Civil[75], poderá ser negado em favor de outro direito que assegura o anonimato do doador presente na resolução nº. 1.1957/10[76] do Conselho Federal de Medicina. O caso coloca em concorrência

---

[72] A Constituição Federal assegura no Art. 5º que *"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade"*.

[73] No Artigo 5º, inciso VI da Constituição Federal garante que *"é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias"*.

[74] Segundo Alexy (2007, p. 69) havendo conflito de regra é preciso solucionar a antinomia através do uso de regras de cláusula de exceção ou do método tradicional que determina a validade de apenas uma em detrimento da outra pelo uso dos métodos da hierarquia, cronologia ou especialidade, ou seja, uma delas deverá ser alterada para se conformar com aquela que prevalece pela aplicação dos métodos acima ou será eliminada (perderá a validade) a fim de manter a coerência do sistema de normas.

[75] O Direito de toda pessoa em saber quem são seus ascendentes faz parte dos direitos da personalidade assegurados no capítulo II do Código Civil, Dos Direitos da Personalidade: *Art. 11"Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária"*.

[76] A resolução nº. 1.957/10 institui as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Na seção IV - Doação de Gametas ou Pré-embriões prevê que: "*2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. 3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores,*

duas regras e de distintos sistemas, mas sem a necessidade de eliminar uma delas através do método tradicional para superar antinomia (hierarquia, cronologia e especialidade) que impede que duas regras incompatíveis permaneçam válidas. O Direito brasileiro adota como padrão o respeito ao anonimato do doador, porém se for necessário identificar o pai em razão de um problema de saúde e esse pai é condição para a sobrevivência dessa criança ou adolescente, então o direito desse menor se sobressai ao anonimato do doador. Essa exceção não afeta a validade das normas como ocorre com as antinomias.

2.2) Alguns casos trágicos pertencem a classe dos pseudo-dilemas morais. Muitos casos reais analisados na literatura e reconhecidos por muitos como típicos dilemas morais, como é o caso da escolha de Sofia, são na verdade falsos dilemas. No terceiro artigo que compõe essa tese sustentamos que ele é um pseudo-dilema moral, pois Sofia está sendo coagida a tomar uma decisão, contra sua vontade, sem autonomia, liberdade e tampouco o desejo de realizar as alternativas impostas pelo soldado. Toda ação moral pressupõe autonomia, liberdade para decidir, responsabilidade, além da escolha pautada pela análise dos fins ou por consciência do dever moral. A presença da sanção física (externa) retira o caráter de "dever moral" da ação e remete a uma obrigação semelhante à coerção jurídica em que o motivador da ação é a força imposta pelo Estado. Um dever autenticamente moral corresponde a uma atitude que tem por objetivo a proteção de um determinado valor (como a vida, verdade, honestidade e tantos outros) e que contribui tanto para o convívio em sociedade quanto para o aperfeiçoamento pessoal de cada agente moral. Para existência de um dilema moral é necessário o conflito de deveres morais e que não podem ser realizadas ao mesmo tempo e o agente moral encontra dificuldade na escolha entre o "dever de fazer A" e o "dever de fazer B" e, além disso, se o agente moral estiver diante de apenas uma das alternativas, ele vai realizá-la com convicção do dever a cumprir. Já no caso em questão não ocorre o mesmo, pois se a coação por parte do soldado cessasse, então Sofia com toda certeza não realizaria a "obrigação" determinada pelo soldado de decidir pela vida do menino ou da menina. Trata-se de uma situação dolorosa, traumática, desumana, com consequências psicológicas irreparáveis de uma coação imposta pela força do soldado, mas não um caso em que o deliberador tem diante si dois "deveres morais" a serem realizadas. Esses pseudo-dilemas parecem mais graves e problemáticos na Moral do que no Direito pela proximidade do deliberador com o caso, isto é, ele está diretamente afetado pelo problema ou é parte do contexto de decisão como ocorre com Sofia. Outro fator que influencia na escolha do agente moral é o pouco

---

por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador".

tempo para refletir sobre a melhor alternativa a ser tomada e a impossibilidade de mudar a escolha, proporcionando uma sensação de estar diante de um dilema genuinamente moral. Já no Direito o operador é apenas um espectador, muitas vezes alheio ao caso, facilitando o trabalho de decisão e, se a decisão for reconhecida como inadequada ou injusta, ela poderá ser reformada por instância superior. Além disso, os casos supostamente dilemáticos podem ser apreciados com o tempo necessário para que o operador reflita e possa chegar, segundo seu convencimento, à melhor solução.

Dessa maneira, o Direito é reconhecido, em linhas gerais, como um instrumento de resolução de conflitos interpessoais na condição de um terceiro imparcial que apreciará os argumentos das partes e decidirá quem tem razão na demanda. O sistema jurídico, composto por um conjunto de normas, tem a função de responder a "toda e qualquer demanda" pertencente ao mundo jurídico (obrigação prevista, por exemplo, no Art. 126[77] Código de Processo Civil), independente de eventuais dificuldades, dilemas ou lacunas da lei (nesse caso aplica-se, subsidiariamente, o Art. 4º[78] Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). A solução apresentada, talvez, não seja a mais adequada, justa ou correta, mas o operador tem a "obrigação normativa de decidir"[79], àquele que acorre ao poder judiciário para resolver seu problema. Além disso, toda solução num sistema *Civil Law*[80], necessariamente, deve estar amparada por uma regra ou princípio do sistema[81].

Entretanto, o agente moral não tem a "obrigação de decidir" casos, mas o "dever de escolher" e agir conforme os parâmetros determinados pela moral eleita por ele. O ato de escolher pressupõe seguir regras e/ou princípios de um ou mais sistemas morais ou, algumas vezes, apoiado em fatores subjetivos. Nesse sentido, é possível elaborar uma taxonomia de escolhas morais a partir da proposta de Leibniz (Artosi; Pieri; Sartor, 2013, p. 76) aplicada ao

---

[77] O Art. 126 do Código de Processo Civil estabelece que: *"O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito"*.

[78] No Art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro está previsto que: *"quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito"*.

[79] Faço, na seção 3.4 do artigo 5, uma distinção entre a "obrigação de decidir" do operador do Direito e o "dever de escolher" do agente moral.

[80] Os sistemas jurídicos podem ser classificados em duas tradições clássicas, a saber, a *Civil Law* e *Common Law*. A primeira família jurídica de origem romano-germânico (que se formou na Europa Continental) concebe o Direito como um sistema coerente de leis (e princípios) escritas, fruto da criação legislativa, dispostas em hierarquia e como fonte primária da decisão (o Direito brasileiro pertence a esse sistema). A segunda família jurídica, que teve origem nos tribunais Reais da Inglaterra e depois se espalhou para outros países como os Estados Unidos, é baseado nas decisões criadas pelo juiz (em nome Rei) e amparadas nos precedentes judiciais (com força obrigatória para casos futuros), mais do que nas leis escritas. (David, René, 2002).

[81] O próprio Leibniz (Artosi; Pieri; Sartor, 2013, p. xxii e p. 76), pertencente a Escola Jusnaturalista do Direito, sustentava que todo caso jurídico possuía uma solução baseada em uma norma, inicialmente apoiada no direito positivo (concreto) e na ausência recorria ao direito natural (abstrato). Em outras palavras, sempre haveria uma solução baseada em uma lei, ou do direito positivo ou do direito natural.

Direito. O agente moral, diante de um suposto caso simples ou de um aparente dilema, pode deixar de escolher ou escolher uma das alternativas disponíveis (essa é a posição que defendemos na seção 3.3 do quinto Artigo). A escolha poderá estar amparada por uma regra ou princípio do sistema moral eleito pelo deliberador, mesmo que ele não a reconheça como a mais adequada. Por outro lado, o deliberador poderá escolher a partir de fatores subjetivos tais como aspectos emocionais, a proximidade com o caso, possíveis impactos negativos que a escolha formal possa proporcionar ou quando, pela análise das circunstâncias, identifica uma solução mais justa. Assim, os dilemas morais e jurídicos exigem, no plano do dever, o cumprimento do "dever moral de escolher" e da "obrigação jurídica de decidir" e se a circunstância proporcionar uma série de alternativas válidas e que não podem ser realizadas ao mesmo tempo, então caberá ao deliberador simplesmente optar por aquela que melhor se ajusta ao caso naquele momento.Assim, é preciso escolher/decidir entre a possibilidade "de fazer A" ou "de fazer B", etc (plano das realizações) e jamais estaremos diante de dois deveres/obrigações conjuntivas. Assim, toda decisão jurídica tem um caráter institucional, funcional e poderá servir de parâmetro para novas soluções, isto é, as chamadas jurisprudências. A decisão está amparada na instituição jurídica (suas normas e interesses) e subsidiariamente no deliberador, ou seja, ele não faz tudo o que ele quer/deseja, mas aquilo que pode fazer em virtude de lei que lhe impede ou autoriza. Já as escolhas morais não exercem a mesma função para futuras decisões, pois o deliberador tem autonomia para seguir parâmetros anteriores, escolher novas alternativas, aprender com eventuais erros do passado e evitar escolhas mal feitas.

Por fim, como projeto de pesquisa futuro, pretendo desenvolver dois temas relacionados ao trabalho de tese. Num primeiro momento desejo aprofundar a análise da filosofia do direito de Leibniz, especialmente em relação aos casos duvidosos e os casos perplexos e confirmar que Leibniz pode ter sido o pioneiro na elaboração de uma taxonomia de casos, embora a literatura jurídica atribua esse tratamento sistemático a Ronald Dworkin. Em seguida, pretendo identificar as semelhanças e diferenças nas exposições de Leibniz sobre os casos duvidosos e os casos perplexos e Dworkin sobre os casos fáceis e casos difíceis, e os procedimentos para a resolução de cada um dos tipos de casos. Entre as fontes bibliográficas primárias selecionadas para o desenvolvimento desse trabalho estão as seguintes: análise do artigo *Leibniz on hard cases* (1993) de Hanina Ben-Menahen e a obra *Leibniz: logico-philosophical puzzles in the law. Philosophical questions and perplexing cases in the Law* (2013).

Numa segunda fase, pretendo analisar o debate entre Rawls e Dworkin a respeito dos argumentos que devem ser empregados para justificar decisões de autoridades públicas, em especial aqueles utilizados pelos juízes. Em seguida, pretendo avaliar a tese do "interpretacionismo" de Dworkin que busca identificar os princípios procedimentais e substanciais de justiça que melhor justificam o direito em um determinado caso. Esse método está fundamentado no chamado "equilíbrio interpretativo" em analogia ao "equilíbrio reflexivo" de Rawls. Minha proposta é avaliar a possibilidade de aplicá-lo aos conflitos de deveres morais genuínos (ou deveres morais puros, conforme a taxonomia exposta no terceiro artigo que compõe essa tese) ou em conflito com outros sistemas de normas (por exemplo, com o Direito, a Política, a Bioética, a Medicina, entre outras áreas). Finalmente, pretendo analisar os procedimentos adotados por Atienza para a solução de casos difíceis e casos trágicos, a saber, a necessidade de obter um consenso de tipo fático através da análise das alternativas disponíveis, o consenso de tipo ideal como solução para os casos trágicos, e uma possível comparação com a tese do interpretacionismo de Dworkin. As fontes bibliográficas primárias para atender a esses propósitos serão as seguintes: de John Rawls: *Uma teoria da justiça (2008)*; *Justiça como equidade (2003)* e *Liberalismo político (2000);* De Ronald Dworkin: *A justiça de toga (2010)* e *Império do direito (2014);* De Manuel Atienza: *Los Límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos. (1997); Sobre lo razonable en el derecho (1989)* e *Ensaios sobre teoria do direito e filosofia (2010).*

REFERÊNCIAS COMPLETAS

ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Normative systems.* Springer Verlag: New York, 1971.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho.* Barcelona: Gedisa Editorial, 2004.

_____. *On necessary relations between law and morality.* Ratio Juris, v. 2, n. 2, July, 1989, p. 167-183.

_____. On the thesis of a necessary connection between law and morality: Bulygin´s critique. *Ratio Juris,* v. 13, n. 2, june 2000, p. 138-147.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros, 2012.

ARTOSI, Alberto; PIERI, Bernardo; SARTOR, Giovanni. Leibniz: logico-philosophical puzzles in the law. *Philosophical questions and perplexing cases in the law.* v. 105. Springer: New York, 2013.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito.* São Paulo: Landy, 2002.

ATIENZA, Manuel. *Derecho y argumentación.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997a.

_____. *Ensaios sobre teoria do direito e filosofia*. Rio de Janeiro: Eselvier, 2010.

_____. *Las piezas del derecho.* Barcelona: Ariel, 2005.

_____. *Los Límites de la interpretación constitucional:* de nuevo sobre los casos trágicos. In: Doxa - Isonomia, n. 6, 1997b. p. 7-30.

_____. Para una teoría de la argumentación jurídica. In: DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 8, 1990, p. 39-61.

_____. Sobre lo razonable en el derecho. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*. n. 27, 1989, p. 93-110.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* São Paulo: Malheiros, 2007.

BARZOTTO, Luiz F. *O positivismo jurídico contemporâneo.* São Leopoldo (RS): UNISINOS, 2001.

BBC – BRASIL. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/05/140508_troca_embrioes_italia_pai_ez. Acesso: 08/05/2014.

BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. *Princípios de ética biomédica.* São Paulo: Edições Loyola, 2011.

BEN-MENAHEN, Hanina. Leibniz on hard cases. In: *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy.* v. 79, 1993, p. 198-215.

BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade.* Brasília: Editora da UnB, 1981.

BIX, Brian. *H. L. A. Hart and the open texture of language.* Law and Philosophy. England: Springer Netherlands, 1991, n. 1, v. 10, p. 51-72.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico:* lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico.* Brasília: UnB, 1999.

BRASIL. *Ação direta de inconstitucionalidade.* Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510. Acesso em: 16/01/2015.

_____. *Código civil.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 26/01/2015.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19/01/2015.

_____. *Lei de biossegurança - 11.105 de 24 de março de 2005.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: 19/01/2015.

_____. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro.* Disponível em: http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 26/01/2015.

BRINK, David. *Moral conflict and its structure.* The Philosophical Review. v. 103, n. 2, 1994, p. 215-247.

BULYGIN, Eugenio. *Alexy between positivism and non-positivism.* 1st Conference on Philosophy and Law Neutrality and Theory of Law. Girona, May, 2012, p. 01-19.

BULYGIN, Eugenio. *Alexy´s thesis of the necessary connection between law and morality.* Ratio Juris, v. 13, n. 2, june 2000, p. 133-137.

_____. *Los jueces crean derecho?* In: *Doxa - Isonomia*, n. 18, abril de 2003, p. 06-25.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de lógica jurídica.* São Paulo: Saraiva, 2004.

COHEN, Martin, *101 dilemas éticos.* Madrid: Alianza Editorial, 2012.

COLBY, Anne; KOHLBERG, Lawrence. *The measerement of moral judgment.* v. 1. New York: Cambridge University Press, 1987.

CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução 1.805 de 2006.* Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm. Acesso em: 12/02/2015.

_____Medicina. *Resolução nº. 1.957/2010.* Disponível em: http://www.portalmedico. org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm. Acesso em: 26/01/2015

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEVLIN, Patrick. *The enforcement of morals.* London: Oxford University Press, 1968.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito.* São Paulo: Editora RT, 2003.

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

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga.* São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Levando os direitos a sério.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Lord Devlin and the enforcement of morals.* Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3611.

ENDICOTT, Timothy. *La vaguedad y el estado de derecho:* una crisis en la adjudicación de derechos humanos. In: Derechos y Humanidades, n. 19, 2012, p. 129-140.

ESPINOSA, Baruch. *Ética*. Tradução de Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009.

GHIDOLIN. Clodoveo. Classificação de casos jurídicos: uma analogia com os dilemas morais. In: *Revista Jurídica da Fadisma.* Santa Maria: Fadisma, 2008, v. 3, p. 137-149.

_____. Classificação em princípios e regras na deliberação jurídica e moral. In: *Revista Scientia Iuris.* Londrina, v. 17, n. 1, jul de 2013, p. 179-198. DOI: 10.5433/2178-8189.2013v17n1p179.

_____. Os casos difíceis como consequência da textura aberta da linguagem. In: *Revista Direito em Debate.* Ijui: Unijui, 2006, v. 26, p. 141-152.

GOWANS, Christopher. *Moral dilemmas.* New York: Oxford University Press, 1987.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito.* São Paulo: Malheiros, 2006.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, Herbert L. A. *Ensaios sobre teoria do direito e filosofia.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. *Direito, liberdade e moralidade.* Porto Alegre: Fabris, 1987.

_____. *O conceito de direito.* Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

HOMERO. *Ilíada.* São Paulo: Ateliê Editorial, 2008.

KANT, Imanuel. *Sobre um suposto direito de mentir por amor à humanidade.* Disponível em: http://www.lusosofia.net/autores_textos.php. Acesso em: 17/02/2015 (1997).

KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural.* Tradução João Baptista Machado. Almedina: Coimbra/Portugal, 2001.

_____. *Teoria geral das normas.* Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1986.

_____. *Teoria geral do direito e do estado.* São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

_____. *Teoria pura do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

LARIGUET, Guillermo. *Conflictos trágicos genuinos, ponderación y límites de la racionalidad jurídica.* In: Doxa - Isonomia, n. 24, abril de 2006, p. 94-113.

LYON, David. *Open texture and the possibility of legal interpretation.* Disponível em: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=212328. Acesso em: junho de 2005.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Retórica e o estado de direito*. Rio do Janeiro: Elsevier, 2008.

MAR adentro. Direção de Alejandro Amenábar. Espanha, 2004.

MARCUS, Ruth. Moral dilemmas and consistency. *The Journal of Philosophy.* v. l, LXXVII, n. 3, 1980, p. 121-136.

MENINA de ouro. Direção de Clint Eastwood. Estados Unidos da América, 2004.

MURDOCH, Iris. *Existentialists and mystics:* writings on philosophy and literature. New York: Penguin Book, 1999.

NAVARRO, Pablo. *Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho.* In: Doxa - Isonomia, n. 14, 1993, p. 243-268.

NUSSBAUM, Martha. *A fragilidade da bondade.* São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica.* São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PLATÃO. *A república.* São Paulo: Nova Cultural, 1997.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

POUND, Roscoe. *Introdução à filosofia do direito.* Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965.

PULIDO, Carlos B. *Estructura y límites de la ponderación.* In: Doxa - n. 26, 2003, p. 225-238.

RACHELS, James. *Os elementos da filosofia moral.* São Paulo: Manole, 2006.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Relativismo y derecho.* Bogotá/Colombia: Editorial Temis, 2009.

RAZ, Joseph. *Valor, respeito e apego.* São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RICOUER, Paul. *O si-mesmo como um outro.* Campinas: Papirus, 1991.

ROSS, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos.* México: Fontamara, 1997.

ROSS, David. *The right and the good.* Oxford: Oxford University Press, 1930.

ROSSATTO, Noeli. A invenção e a regra: dialética da aprendizagem moral. In: *Cultura, Diferença e Educação.* Porto Alegre: Sulina, 2010, p. 257-271.

RUFFINO, Marco. Frege`s views vagueness. Manuscrito. *Rev. Int. Fil.* v. 26, n. 2, Campinas/São Paulo, jul./dez. 2003, p. 253-277.

RUSSELL, Bertrand. Vagueness. *The Australasian Journal of Psychology and Philosophy*, 1 (june, 1923), p. 84-92.

SANDEL, Michael. *Justiça:* o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Ponderação de interesses na constituição federal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SARTRE, Jean P. *Existencialismo é um humanismo.* Porto Alegre: Editora Vozes, 2012.

SAUTTER Frank; GHIDOLIN, Clodoveo. Sobre uma taxonomia dos casos jurídicos. In: *Estudos Jurídicos*. São Leopoldo (RS): UNISINOS, v. 38, n. 3, 2005, p. 5-10.

SINGER, Marcus. Moral rules and principles. In: *Essays in moral philosophy.* University of Washington Press, 1958, p. 160-197.

SINGER, Peter. *Ética prática.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.

STATMAN, Daniel. A new argument for genuine moral dilemmas? *The journal of value inquiry*. v., 1992, p. 565-575.

_____. Hard cases and moral dilemmas. *Law and Philosophy*, v. XV, 1996, p. 117-148.

_____. The debate over the so-called reality of moral dilemmas. *Philosophical Papers*, v. XIX, 1990, p. 191-211.

STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem:* uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STYRON, William. *A escolha de Sofia.* São Paulo: Geração Editorial, 2010.

TAPPOLET, Christine. Dilemas morais: os dilemas morais e os deveres prima face. *Dicionário de ética e filosofia moral.* São Leopoldo: UNISINOS, 2003, p. 444-450.

UNIVERSIDADE Federal de Santa Maria – UFSM. *Estrutura e apresentação de monografias, dissertações e teses - MDT.* 8. ed. Santa Maria: Editora UFSM, 2012.

VERÍSSIMO, Érico. *O tempo e o vento.* Parte I - O continente, v. I e II. São Paulo: companhia das Letras, 2013.

VERNENGO, Roberto J. *Legalidad y legitimidad: los fundamentos morales del derecho.* Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, n. 77, jul.-set., 1992, p. 267-284.

_____. Moral y derecho: sus declaraciones lógicas. *Revista Jurídica de Buenos Aires*. Abeledo Perrot: Buenos Aires, 1989, v. 1, p. 61-82.

VIRGÍLIO. *Eneida.* São Paulo: Ateliê Editorial, 2005.

WILLIAMS, Bernard. *Ethical consistency.* Proceedings of the Aristotelian Society, suppl. v. XXXIX, 1965, p. 103-124.

ZERO Hora. *Pais decidem ter bebê para salvar filha de doença*. Disponível em: http://zh.clicrbs.com.br/rs/vida-e-estilo/vida/noticia/2015/01/pais-decidem-ter-bebe-para-salvar-filha-de-doenca-4682228.html. Acesso em: 16/01/2015.

ANEXOS

ANEXO A

CAPA SOBRE PÁGINA DO USUÁRIO PESQUISA ATUAL ANTERIORES NOTÍCIAS

Capa > Usuário > Autor > **Submissões Ativas**

Submissões Ativas

ATIVO ARQUIVO

ID	MM-DD ENVIADO	SEÇÃO	AUTORES	TÍTULO	SITUAÇÃO
5094	08-29	ART	Ghidolin	TRÊS TESES SOBRE A RELAÇÃO ENTRE MORAL E DIREITO	EM AVALIAÇÃO

Iniciar nova submissão

CLIQUE AQUI para iniciar os cinco passos do processo de submissão.

Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 4.0 Internacional.

Barbarói
Revista do Departamento de Ciências Humanas e do Departamento de Psicologia
ISSN 1982-2022 on-line / ISSN 0104-6578 impresso

OPEN JOURNAL SYSTEMS

Ajuda do sistema

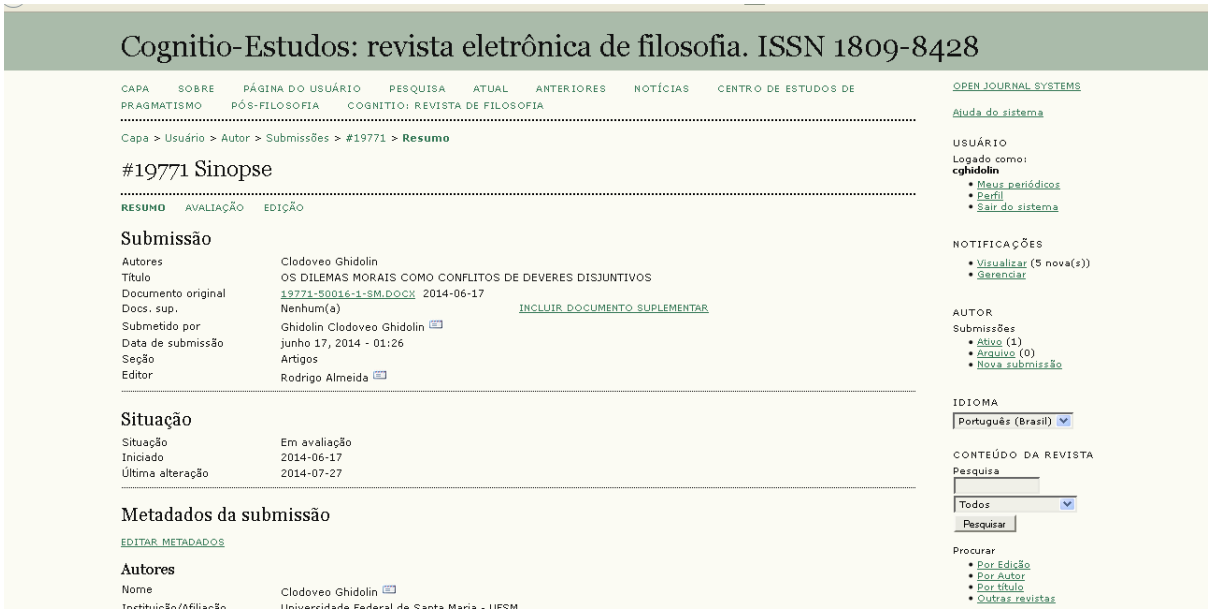
USUÁRIO
Logado como:
cghidolin
- Meus periódicos
- Perfil
- Sair do sistema

AUTOR
Submissões
- Ativo (1)
- Arquivo (0)
- Nova submissão

IDIOMA
Português (Brasil)

CONTEÚDO DA REVISTA
Pesquisa
Todos
Pesquisar
Procurar
- Por Edição

ANEXO B



Cognitio-Estudos: revista eletrônica de filosofia. ISSN 1809-8428

CAPA SOBRE PÁGINA DO USUÁRIO PESQUISA ATUAL ANTERIORES NOTÍCIAS CENTRO DE ESTUDOS DE PRAGMATISMO PÓS-FILOSOFIA COGNITIO: REVISTA DE FILOSOFIA

Capa > Usuário > Autor > Submissões > #19771 > **Resumo**

#19771 Sinopse

RESUMO AVALIAÇÃO EDIÇÃO

Submissão

Autores	Clodoveo Ghidolin
Título	OS DILEMAS MORAIS COMO CONFLITOS DE DEVERES DISJUNTIVOS
Documento original	19771-50016-1-SM.DOCX 2014-06-17
Docs. sup.	Nenhum(a) INCLUIR DOCUMENTO SUPLEMENTAR
Submetido por	Ghidolin Clodoveo Ghidolin
Data de submissão	junho 17, 2014 - 01:26
Seção	Artigos
Editor	Rodrigo Almeida

Situação

Situação	Em avaliação
Iniciado	2014-06-17
Última alteração	2014-07-27

Metadados da submissão

EDITAR METADADOS

Autores

Nome	Clodoveo Ghidolin
Instituição/Afiliação	Universidade Federal de Santa Maria - UFSM

OPEN JOURNAL SYSTEMS

Ajuda do sistema

USUÁRIO

Logado como:
cghidolin

- Meus periódicos
- Perfil
- Sair do sistema

NOTIFICAÇÕES

- Visualizar (5 nova(s))
- Gerenciar

AUTOR

Submissões

- Ativo (1)
- Arquivo (0)
- Nova submissão

IDIOMA

Português (Brasil)

CONTEÚDO DA REVISTA

Pesquisa

Todos

Pesquisar

Procurar

- Por Edição
- Por Autor
- Por título
- Outras revistas

ANEXO C

Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay

Publicada desde 1932

Revista de la Facultad de Derecho ISSN 2301-0665

INICIO ACERCA DE ÁREA PERSONAL BUSCAR ACTUAL ARCHIVOS AVISOS

Inicio > Usuario/a > Autor/a > **Envíos activos**

Envíos activos

ACTIVOS ARCHIVADOS

ID.	DD-MM ENVIAR	SECC.	AUTORES/AS	TÍTULO	ESTADO
314	03-04	Doc	Ghidolin	NATUREZA E CLASSIFICAÇÃO DOS CASOS JURÍDICOS	EN REVISIÓN

Elementos 1 - 1 de 1

Empezar un nuevo envío

HAGA CLIC AQUÍ para ir al primero de los cinco pasos del proceso de envío.

Enlaces refback

TODOS NUEVOS PUBLICADO IGNORAR

FECHA DE CREACIÓN	VISITAS	URL	ARTÍCULO	TÍTULO	ESTADO	ACCIÓN
No hay ningún enlace refback.						

Publicados | Omitidos | Eliminar | Seleccionar todo

Ayuda de la revista

TAMAÑO DE FUENTE

USUARIO/A

Ha iniciado sesión como **cghidolin**

- Mi perfil
- Cerrar sesión

AUTOR/A

Envíos

- Activos (1)
- Archivados (0)
- Nuevo envío

IDIOMA

Español

CONTENIDO DE LA REVISTA

Buscar

Todos

Buscar

Examinar