

Há obrigações fora do Direito?

Marco Antônio Oliveira de Azevedo

Sabe-se que o Direito trata das obrigações jurídicas a que estamos submetidos em nosso convívio social como cidadãos. Porém, a filosofia moral contemporânea também tem alegado que estamos submetidos a obrigações morais. Mas, ao contrário do Direito, que nos obriga sob a pena de uma sanção externa, é dito usualmente que na ética estamos sujeitos a sanções internas, pois a moral atua apenas em foro íntimo. Compreender as semelhanças e diferenças entre a moralidade e o Direito é fundamental a todo aquele que se interessa por assuntos de Bioética e de Biodireito. Neste artigo, o autor pretende analisar os conceitos de dever e obrigação moral, e de obrigação jurídica. Trata-se de uma crítica tanto à tese da autonomia do Direito com respeito à moral como à tese de que obrigações morais derivam-se unicamente por autolegislação.



Marco Antônio Oliveira de Azevedo

Médico; especialista em Pediatria; mestre e doutorando em Filosofia; professor de Filosofia da PUCRS; coordenador do Programa de Bioética do Hospital de Pronto-Socorro de Porto Alegre

Unitermos:

Dever moral x dever legal, obrigações morais/éticas, obrigações extra-legais, moralidade x legalidade, dever, Ética, Direito.

INTRODUÇÃO

A independência entre o Direito e a moralidade é um dos temas mais constantes tanto na filosofia como na teoria social do Direito. Habermas foi um dos que a considerou um fenômeno histórico: a autonomização do Direito como um subsistema racional desarraigado dos demais sistemas do agir humano (1). Essa tendência à autonomização é, inclusive, fortemente incentivada pelas teorias éticas contemporâneas (2). A filosofia moral, assim entendida, e a filosofia do Direito são vistas como disciplinas independentes. Contudo, tanto uma como outra têm como objeto "normas sociais". E não se tratam de normas quaisquer. São normas que acarretam obrigações. Não são recomendações ou orientações hipotéticas; são prescrições categóricas. Filósofos morais e fi-

lósofos do Direito buscaram, assim, responder pelas especificidades desses dois modelos de obrigação a que os cidadãos acham-se submetidos: de um lado, obrigações jurídicas; de outro, obrigações morais. Contudo, como se tratariam de domínios distintos, a fundamentação de uma não poderia estar ancorada nos fundamentos de outra.

Neste artigo, pretendo esboçar algumas críticas a esse modo de ver a relação entre o Direito e a moralidade. Meus argumentos destinam-se a validar as seguintes teses: 1^a) que o que chamamos de obrigações (tanto morais como jurídicas), no contexto de sociedades pós-tradicionais (amparadas no Direito moderno), derivam-se de acordos, contratos, convenções ou instituições jurídicas, logo de "legislações" que são "externas" ao sujeito tanto do Direito como da obrigação (isto, tanto ao sujeito ativo como ao sujeito passivo da obrigação); 2^a) que as expressões "dever moral" e "obrigação moral", características da filosofia moral moderna, e paradigmaticamente representativas da noção de um constrangimento derivado mediante um esforço especulativo de "autolegislação", são excrescências lingüísticas, e que a noção de que obrigações morais são derivadas por autolegislação é uma noção psicologicamente ininteligível; 3^a) que os princípios usualmente tidos como morais não são autônomos ou independentes dos princípios jurídicos (e vice-versa), isto é, que, efetivamente, os princípios morais não diferem dos princípios que são usualmente reconhecidos como tendo valor em raciocínios jurídicos; 4^a) que a moralidade não pode ser simplesmente reduzida apenas a sua

dimensão deontológica, e que boa parte das confusões conceituais sobre semelhanças ou diferenças entre o Direito e a moralidade devem-se ao não reconhecimento da tripla dimensão da ética (tal como recentemente sugerida por Albert Jonsen em seu último livro *A short history of medical ethics*).

O artigo que ora ofereço ao leitor é uma tentativa inicial de refletir sobre esse conjunto de teses. Com ele, traço algumas distinções que, creio, são fundamentais para todo aquele que se dedica tanto à Bioética como ao Biodireito. É um trabalho, a um só tempo, de crítica e análise conceitual. Para tanto, será preciso iniciá-lo buscando tornar claros os conceitos sobre os quais pretendo discorrer e criticar. Refiro-me especialmente à tese de que a moral (e sua sanção respectiva) é "interna", em diferença à "externalidade" do Direito (I). A seguir, passo a algumas considerações gerais sobre a alegada autonomia do Direito em relação à moral (tese notoriamente associada à tradição do positivismo jurídico) e sobre as polêmicas em torno do conceito de Direito e das justificativas para tornar uma certa concepção moral objeto de legislação (II). Desse ponto, proporei uma mudança de rumo, tendo em vista as críticas da filósofa Elizabeth Anscombe às filosofias morais contemporâneas, o que me levará a ter de reconsiderar as teses tradicionais sobre as relações entre a moral e o Direito, e daí os conceitos de compromisso, dever e obrigação (III). Isso não me impedirá, porém, de reconhecer que há deveres e obrigações fora de relações jurídicas em sentido estrito. Promessas são o exemplo paradigmático de atos que geram obrigações

não necessariamente reforçadas pelo Direito, sendo assim parte do que alguns filósofos chamariam de 'comércio livre entre os indivíduos' (3). Ainda assim, esse fenômeno de estar sob uma obrigação, mesmo no caso de promessas, não pode ser explicado como tendo origem numa suposta atividade racional autolegislativa dos indivíduos, assim submetidos apenas a sanções morais internas. Promessas descumpridas podem ser sancionadas externamente, ainda que não necessariamente pela força pública das instituições civis (IV).

I

Em nossa tradição acadêmica, Hans Kelsen figura como um dos maiores, senão o maior, representante da tese de que tanto o Direito como a moral são ordenamentos sociais prescritivos, porém substancialmente distintos. Em sua tentativa de esclarecer o objeto próprio da ciência do Direito, Kelsen sustentou que as normas de um ordenamento jurídico servem para regular a conduta humana, entendida ou como uma forma de ação positiva ou como uma omissão. Diz ele que, na medida 'em que a ordem jurídica é uma ordem social, ela somente regula, de uma maneira positiva, a conduta de um indivíduo enquanto esta se refere – imediata e mediadamente – a um outro indivíduo' (4). Entretanto, essa é uma característica comum a outras ordens ou sistemas sociais normativos, notadamente a moral. Daí a afirmação de que há outra característica essencial ao Direito, e que não encontramos na moralidade, a saber: o Direito é coativo. Ou se-

ja, a ordem jurídica é tal que o ato por ela exigido deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa, e, em caso de resistência, mediante o emprego da força física. Assim, o Direito só pode ser adequadamente distinguido da moralidade quando concebido como fazendo referência a uma ordem coativa, isto é, 'como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana, ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, ao passo que a moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo' (5). Todavia, Kelsen não eliminou a sanção da moralidade. Já que a moral também é constituída por um ordenamento normativo, ao descumprimento de qualquer norma social não poderia deixar de decorrer também algum tipo peculiar de sanção. No entanto, sanções morais são apenas juízos de aprovação ou de desaprovação de condutas conforme normas morais, não entrando em consideração o emprego da força física. Daí a conhecida tese de que infrações morais acarretam apenas sanções internas (diferentemente das sanções externas, tidas como características do Direito) (6).

Essa tese de Kelsen sobre a natureza da moralidade e sua diferença com o Direito remete-nos a um dos traços comuns à maioria das chamadas éticas ou teorias morais deontológicas (7). Tais teorias sustentam que a moralidade é, em essência, normativa. Em suas versões mais desenvolvidas, afirma-se que sistemas morais são sistemas normativos constituídos por um conjunto de sentenças prescritivas em torno de ações humanas. Richard M. Hare, por exemplo, defendeu que juízos morais são

conclusões de inferências nas quais deve contar necessariamente como premissa ao menos uma norma ou princípio geral de conduta (8). Segundo o prescritivismo moral de Hare, se concluímos que uma certa ação é moralmente recomendável ou obrigatória, disso decorre um imperativo de conduta. O Direito, igualmente, é um sistema normativo. Juízos legais também avaliam fatos ou circunstâncias segundo normas (leis), e da conclusão de um juízo jurídico segue-se, igualmente, um imperativo.

A diferença, então, estaria no tipo de sanção que decorre de uma infração normativa. Se uma sentença normativa acarreta um imperativo de conduta, então a não-realização da ação exigida constitui-se numa infração a que cabe uma sanção. Mas para que se possa aplicar uma sanção a outrem é preciso estar autorizado. Todavia, ninguém está autorizado a aplicar sanções a outras pessoas por força exclusivamente moral. O Direito é um sistema social normativo que, dentre outras coisas, estabelece autorizações a que certas pessoas possam executar normas e aplicar sanções. Como as sanções decorrem de juízos, o Direito também estabelece quem tem autoridade para dar veredictos, isto é, para emitir juízos legais do tipo que acarretam sanções externas à conduta de alguém.

Essa concepção é certamente bastante lúcida e, de fato, vem sendo largamente seguida em nosso meio. Veja-se, por exemplo, o eminente jurista Caio Mário da Silva Pereira: "Sendo ambos – moral e Direito – normas de conduta, evidentemente têm um momento de incidência comum. Mas, analisados intrinseca-

mente, os respectivos princípios se diferenciam, quer em razão do campo de ação, quer no tocante à intensidade da sanção que acompanha a norma, quer no alcance ou nos efeitos desta. Moral e Direito distinguem-se em que a primeira atua no foro íntimo e o segundo no foro exterior. Se a conduta do agente ofende apenas a regra moral, encontra a reprovação na sua consciência, e pode atrair-lhe o desapreço dos seus concidadãos" (9).

Chamarei essa tese de internalismo deontológico com respeito à moralidade. Pretendo mostrar o quanto seus defensores estão corretos no tocante a aspectos essenciais do Direito. Minha discordância, porém, dirige-se principalmente a frases como as que salientei em *itálico*, a saber, à tese de que, dada sua subjetividade, a moral atinge apenas a vida interior tanto daquele que age como daquele que contempla e julga.

||

Se o que hoje chamamos de Biodireito é uma parte do Direito (assim como a Bioética é tida como uma parte da ética), as distinções entre o Biodireito e a Bioética seguem-se das distinções entre o Direito e a ética. Tomemos em consideração a tese deontologista de que tanto o Direito como a moralidade são sistemas ou ordenamentos normativos. Nesse caso, é de se esperar que possa haver alguma sobreposição entre seus domínios. Essa sobreposição, diz Baruch Brody, vem sendo a origem do debate sobre as relações entre a moral e o Direito. Segundo ele, dois assuntos nesse âmbito prepon-

deram: 1) Que influência tem o estatuto moral de uma norma sobre seu estatuto como uma lei? 2) Até onde deveria um sistema legal ser empregado para dar cumprimento a perspectivas morais (10)?

A tradição positivista no Direito tem respondido à primeira questão de forma absolutamente negativa. As regras semânticas que nos permitem conhecer se uma norma é uma lei são, segundo os positivistas, completamente independentes das regras com as quais definimos normas morais. A tradição das teorias do direito natural sustenta algo oposto. Há uma relação interna entre normas morais e legais, o que implica admitir que há um conjunto de regras semânticas comuns entre o Direito e a moralidade. A polêmica está longe de ter sido concluída. Ronald Dworkin reconheceu nessa polêmica não uma disputa semântica, mas disputa entre concepções rivais sobre o Direito. Todavia, isso não o impediu de sugerir uma definição do Direito que se mantivesse neutra, tal como pretenderam os positivistas, com respeito a nossas diferentes concepções sobre a moralidade política, ainda que, ao mesmo tempo, aceitasse que o conteúdo de ambas pudesse manter alguma inter-relação. Sua alternativa à polêmica começa por tomar como guia útil a concepção, igualmente assumida por ambas tradições, de que há uma conexão essencial entre lei e coerção. Sua tese fundamental é de que práticas legislativas são práticas de interpretação que unem decisões passadas a sanções presentes. Isso implica admitir não apenas interpretações literais, mas também interpretações jurisprudenciais que permitam derivar

juízos presentes de decisões passadas. Uma lei pertence a uma comunidade, diz Dworkin, porque seus juízes tomam decisões que comprometem os membros da comunidade aos direitos e deveres que suas decisões tornam legais. Se Dworkin tem razão, então é possível admitir, de um lado, que o estatuto legal de uma norma independe de seu estatuto moral, ainda que o conteúdo de uma lei possa, por outro, ser fortemente influenciado por convicções morais compartilhadas dentro de uma mesma comunidade (11).

Passemos à segunda questão. Como vimos acima, seguindo a tradição deontologista, normas jurídicas diferem de normas morais por seu caráter coativo. Daí a conclusão usual de que, se qualquer norma passa a ter esse caráter, segue-se que não se trata de uma norma moral, mas jurídica. Admitindo isso, pergunta-se: quando devemos empregar uma lei para reforçar e dar cumprimento efetivo a certas normas morais? Tenha-se como exemplo o fortalecimento e a execução jurídica da posição moral de que o assassinato é condenável. Mecanismos legais coercitivos, incluindo autorizações legais à atividade policial e a ações do sistema penal, tratam de reduzir a tendência de as pessoas cometerem assassinatos. Contudo, esse não é o caso com outras normas morais. Isto é, nem todas as proibições e recriminações morais são objeto de coerção jurídica. Além disso, em alguns países, uma certa norma moral pode ser objeto de efetivação jurídica, em outros não. O aborto e a eutanásia são bons exemplos disso.

Posições liberais clássicas, como a de John Stuart Mill, sustentam que, levando em conta que não há consenso absoluto nas sociedades modernas em torno de questões morais, os únicos motivos para o exercício do poder coercitivo do Estado sobre a vontade livre de quaisquer membros de uma comunidade civilizada são garantir certos direitos básicos ou fundamentais e prevenir o dano a outros: "O fato de vivermos em sociedade torna indispensável que a cada um seja exigido que observe uma certa linha de conduta com respeito aos demais. Essa conduta consiste, primeiro, em não lesar os interesses de um outro, ou ao menos certos interesses, os quais, seja por previsão legal expressa ou por entendimento tácito, devem ser considerados direitos. (...) [Contudo], os atos de um indivíduo podem ser dolorosos aos outros, ou podem não levar em consideração o seu bem-estar, sem levar adiante algum tipo de violação de seus direitos constituídos. O ofensor pode então ser justamente punido pela opinião, mas não pela lei. Mas tão logo qualquer parte da conduta de uma pessoa afete prejudicialmente os interesses de outros, a sociedade passa a ter sobre ela jurisdição, e a questão de o bem-estar geral vir ou não a ser promovido por sua interferência passa a ser assunto aberto à discussão pública. Porém, não há lugar para envolver-se com tais questões quando a conduta da pessoa afeta os interesses de nenhum outro além de si mesmo, ou quando não necessita afetá-los, a menos que os outros assim o queiram (...). Em todos esses casos, deve haver perfeita liberdade, legal e social, para se realizar a ação e suportar as conseqüências" (12).

Essa tese, usualmente conhecida como o 'princípio do dano de Mill' (the Mill's harm principle), é peça-chave na doutrina milliana da justiça. Tem-se como pressuposto que a lei é um instrumento social historicamente empregado para dar cumprimento ou efetividade a normas sobre a conduta humana. A tese de Mill é que, partindo de seu conceito de liberdade, ao Estado não caberia legislar sobre condutas que não levem necessariamente ao prejuízo ou impedimento do interesse de outros. Isso também significa que ninguém está autorizado a aplicar sanções sobre o comportamento dos demais, exceto se autorizados. Mas essa é uma concepção, dentre outras, sobre a justiça. Como tal, insere-se no debate sobre que conteúdo deve ter uma lei (segundo Dworkin, não elabora propriamente uma definição do que é o Direito, e sim definições de conteúdo).

Uma decisão jurídica, diz Dworkin, é uma atividade interpretativa que consiste em estabelecer relações inferenciais entre decisões políticas passadas e coerção presente. Assim, a teoria de Mill é uma concepção sobre a justiça política, dentre outras concepções concorrentes no âmbito da tradição liberal moderna. Note-se que não é impossível imaginar que possa existir alguma comunidade na qual seja sustentada, e torne-se efetivamente dominante, uma visão mais conservadora e paternalista que a defendida por Mill. Um conservador poderia sustentar, contra um liberal milliano, que certas condutas tidas como imorais são largamente prejudiciais à sociedade, devendo, portanto, ser reprimidas (argumentos dessa ordem foram sustentados contra práticas considera-

das socialmente imorais, como a prostituição, o homossexualismo e a pornografia). Um miliano diria que essas condutas podem até causar um certo mal ou ofensa a outros, porém, desde que não acarretem danos a seus interesses individuais ou coletivos, não devem ser objeto de legislação.

Um dos meus pontos consiste em mostrar que o conceito de lei de Dworkin tem a virtude de ser neutro com respeito a esse debate. O que era, aliás, um dos objetivos dos positivistas. A virtude, porém, do conceito de Dworkin vai ainda mais longe. Pois ele não se aplica apenas ao que atualmente consideramos como as leis de um país, mas a todo e qualquer sistema legislativo associado a instituições ou mecanismos sociais de coerção. Sistemas morais normativos em comunidades tradicionais podem cumprir uma função coercitiva análoga à cumprida pelo Estado de Direito moderno, caso estejam vinculados a instituições com papel social coercitivo. E há também sistemas normativos que em certas comunidades funcionam como sistemas especiais de decisões legislativas restritos à regulação da conduta de seus membros, segundo uma certa tradição deontológica. É o caso dos códigos de ética profissionais, por exemplo. Ao que eu saiba, Dworkin não pretendia dar conta desses domínios. Mas, se estou certo, sua tese permite compreender as práticas sociais de interpretação normativa para além do que usualmente estamos acostumados a designar, estrito senso, como práticas jurídicas. Desse modo, é um fenômeno relativo ao Direito moderno desconsiderar como tendo papel legislativo normas sociais deontológicas

que, seguindo a tradição liberal, não são mais objeto de autoridade jurídica coercitiva. Se um certo grupo religioso não tem mais autoridade para coagir ninguém, pela força, a suas próprias convicções (se podemos, por exemplo, proibir que as mulheres sejam forçadas, contra a sua vontade, a cobrir o rosto em praça pública), isso se deve à dominância política de uma certa prática de interpretação jurídica que toma certas decisões jurídicas passadas relevantes (constitucionais e legislativas), ancoradas em argumentos derivados da tradição liberal, como tendo legitimidade para coibir ações no presente. Nesse caso, um sistema jurídico que leve em conta um princípio como o de Mill, por exemplo, ao excluir do domínio legislativo normas sociais que não se prestam a proteger direitos fundamentais ou a evitar o dano a interesses, adota, de fato, uma atitude positivamente favorável a uma certa tradição moral, a tradição liberal moderna.

Isso implica dizer que uma certa tradição moral pode ser efetivada na forma de princípios e normas jurídicas. Dada sua efetivação e institucionalização, esses princípios e normas podem, assim, contar como argumentos legítimos em raciocínios jurídicos. Naturalmente, toda efetivação ou reforço de uma visão moral pode dar-se em detrimento de outras. A propósito, chamo de efetivação de uma visão moral o processo que permite transformar os conceitos e crenças relativas a uma certa moralidade comum, no todo ou em parte, em normas sociais explícitas do tipo que são candidatas a ter algum papel como leis em dada sociedade ou comunidade. Efetivar uma moral como lei é o que carac-

teriza a criação de uma deontologia como parte da moralidade. O Direito é a forma mais elaborada e eficaz de efetivação normativa. Assim, vejo o Direito como um fenômeno que integra, nesse sentido, a própria moralidade. Normas jurídicas são, portanto, um tipo peculiar de normas sociais. O que não implica necessariamente assumir que a moralidade é composta apenas de sistemas normativos, muito menos de tipo jurídico. Sistemas normativos que não foram efetivados como Direito são parte (em alguns casos, partes remanescentes) da moralidade comum. Além disso, vale lembrar que uma tradição moral que integre a moralidade comum não é formada apenas por sistemas normativos. Isto é, ela não é composta unicamente por deontologias. A maior parte das tradições morais conhecidas compõe-se não apenas de códigos deontológicos, mas também de tábuas de virtudes individuais e de concepções sobre a identidade comum dos membros de um certo grupo social e de seu papel na sociedade. Há, assim, crenças e concepções ancoradas em visões ou avaliações comuns sobre o bem ou sobre o caráter das pessoas (tal como sugerem as chamadas éticas da virtude), que não são parte menos essenciais a uma certa tradição, e que não são redutíveis a preceitos deontológicos.

|||

Partindo de tais conceitos, faz ainda sentido falar em obrigações morais em diferença às reconhecidas obrigações legais ou jurídicas? Se um sistema moral normativo não se encontra mais efetivado pelo Direito, pode-se afirmar, em sen-

tido estrito, que suas normas obrigam ou são obrigatórias? Princípios e normas (ou regras) jurídicas acarretam obrigações; porém, nesse caso, a analogia é válida para o caso de princípios e normas de uma certa moralidade todavia não efetivada como Direito? Penso que não há sentido aceitável ou inteligível em se dizer de quaisquer princípios ou normas morais, tendo-se em vista o contexto das sociedades modernas que seguem os princípios e normas características de um Estado Democrático de Direito, que, mesmo no caso de não terem sido efetivados tais princípios ou normas como princípios ou normas de Direito, que sejam senso estrito obrigatórias sob independência do Direito. Num sociedade moderna, pós-tradicional, não há obrigação (em sentido estrito) contrária ao Direito (13). Aliás, a tese é de que, como não há como derivar obrigações fora de um raciocínio legislativo, se vivemos sob o império legislativo do Direito, nenhum outro sistema normativo ou deontológico pode contradizer o Direito (ainda que apenas parcialmente).

Essa tese tem sua base numa radicalização da crítica que Elizabeth Anscombe dirigiu contra as doutrinas morais deontológicas. Em 1958, Anscombe publicou um artigo na revista *Philosophy* criticando a filosofia moral então vigente em Oxford (14). Sua crítica dirigiu-se principalmente ao deontologismo dominante no meio acadêmico de Oxford. Para ela, termos como dever moral e obrigação moral, fora de qualquer concepção moral legislativa da ética, são expressões sem conteúdo. Não se tratam de conceitos incoerentes, mas simplesmente de termos que falham, dado o contexto

em que são evocados, em dar expressão a qualquer conceito inteligível. Sua tese não é que tais expressões não poderiam ter sentido algum, mas que seu sentido depende da referência a um certo contexto moral legislativo. Anscombe refere-se explicitamente à concepção legislativa da ética subjacente à tradição moral judaico-cristã. Sua queixa é que os filósofos morais contemporâneos empregam a expressão "obrigação moral" fora desse contexto. Como um artifício de retórica, tomam de empréstimo uma expressão forjada noutro contexto histórico e cultural, buscando, porém, reter seu forte efeito psicológico persuasivo. Falta-lhes, porém, esse pano de fundo normativo de uma concepção da moral baseada numa legislação divina para que a noção de obrigação moral pudesse ter, efetivamente, algum conteúdo significativo. Tome-se a seguinte analogia. Suponhamos, diz ela, que a noção de 'crime' permanesse mesmo depois que o Direito Penal e as cortes criminais tivessem sido já abolidas ou esquecidas. As pessoas poderiam continuar indicando e julgando ações humanas como criminosas; porém, dado que o contexto prévio não mais existe, trata-se agora de uma expressão que preserva apenas um certo efeito psicológico. Em outras palavras, um conceito fictício sem qualquer conteúdo efetivo.

Segundo Anscombe, ter uma concepção normativa da moralidade equivale a assumir que o que é necessário para conformar-se às virtudes sociais ou pessoais depende do que é exigido pela lei moral. Essa foi a concepção que se difundiu no Ocidente com a cristandade. Mas, ao contrário da visão grega que lhe precedeu, se-

gundo a ética cristã tradicional, uma pessoa não é moralmente boa em função de suas responsabilidades práticas (como é bom um trabalhador, um médico ou um professor), mas sim em função do que é prescrito pela lei moral. Mas é claro que, para isso, é necessário crer na existência de um legislador moral, tal como acreditavam os judeus, os estóicos e os cristãos. Porém, se uma concepção como essa acaba prevalecendo durante séculos para depois ser abandonada, é natural que conceitos como os de obrigação e dever moral, relativos a estar submetido ou ser obrigado por lei, acabem permanecendo, gerando efeitos psicológicos mesmo após terem perdido suas raízes (15).

Kant pretendeu dar conta da dificuldade em tornar inteligíveis os preceitos de uma moralidade normativa pós-tradicional apelando ao conceito de um sujeito autolegislator. Porém, com isso a lei moral deixou de ser externa ao sujeito da ação. Para Anscombe, no entanto, essa noção kantiana é psicologicamente ininteligível. Regras morais não poderiam ser obrigatórias se sua natureza legislativa fosse privada. Parodiando Wittgenstein, se fosse assim, como poderíamos saber se duas pessoas seguem efetivamente a mesma regra moral? Se a racionalidade moral tivesse uma origem privada, então um cético sempre teria razão em argüir que jamais podemos saber se duas ou mais pessoas seguem uma mesma regra, norma ou princípio (16). Além disso, qualquer um poderia estar, enfim, efetivamente enganado com respeito às regras que julgava estar seguindo (17). Se é assim, então há algo de errado nessa tese que argumenta a favor de um

fundamento privado à norma moral. Nenhuma normatividade poderia ser determinada simplesmente mediante autolegislação (18).

Mas isso não implica a adoção de uma posição cética com respeito a toda e qualquer perspectiva moral. Ao contrário. Anscombe sugere que, ao invés de nos apegarmos a tais expressões normativas enganosas, deveríamos nos voltar a conceitos morais mais significativos. É possível fazer ética sem fazer referência a noções legislativas. A ética aristotélica seria um bom exemplo disso (19). Assim, ao invés de dizer que somos "obrigados a ser justos", ou que estamos "obrigados a dizer a verdade", deveríamos falar diretamente sobre a justiça, sobre a veracidade, honestidade e outras virtudes humanas. Questões como 'por que devemos ser morais?' não teriam qualquer sentido prático, a não ser que já estivéssemos autorizados logicamente a inquiri-las tendo por garantia certos conceitos morais cujo conteúdo é compreensível de algum modo preliminar.

Sugiro procurar extrair algumas conseqüências dessa tese de Anscombe. Tomemos alguns exemplos da ética biomédica. Considere-se as discussões em torno do aborto. Quando se afirma que os médicos estão proibidos de praticar o aborto estamos dizendo algo diferente de quando dizemos que os médicos estão obrigados, no Brasil, a não praticar o aborto, exceto nos casos previstos pela lei? Suponhamos, no entanto, que um médico, cuja opinião sobre o aborto difira da que se acha explícita na legislação, realize abortos clandestinamente (consideremos o caso de alguém que adote

uma certa visão moral favorável ao aborto, e não apenas de alguém sem escrúpulos). Sem dúvida, sua prática é francamente ilegal. Dificilmente alguém objetaria isso. Porém, alguém poderia sustentar coerentemente que esse médico, dadas suas próprias convicções pessoais, está moralmente obrigado a praticar o aborto? Ou que tenha algum "dever moral" de praticá-lo? Claro que meu exemplo soa estranho. Mas não há dúvidas, penso, de que há pessoas que sustentam convicções, algumas delas muito bem firmadas, de que o aborto não deveria ser julgado como crime. Ou, pelo menos, de que, dadas certas convicções sobre a justiça, que não deveria ser proibido. Ora, se suas vontades são moralmente autolegisadoras, por que razão não poderíamos dizer que suas conclusões morais não expressam verdadeiros "deveres" ou "obrigações"? Alguns diriam que tais obrigações expressam "deveres de consciência". Então, em nosso caso fictício, o médico estaria, de um lado, obrigado pela lei a não praticar o aborto e, ao mesmo tempo, de outro, obrigado a praticá-lo por sua própria consciência. Mas que razão alguém poderia nos oferecer para que ele viesse a considerar que deve, nesse caso, sucumbir à obrigação legal. Por que não deveria ele sucumbir a sua obrigação de consciência?

Considere-se a tese de Hare. Ao tomarmos uma decisão prática partindo de regras, normas ou princípios morais, nós tomamos, segundo ele, uma decisão de princípio. Duas pessoas que mantenham opiniões contrárias sobre o aborto, por exemplo, se tomam atitudes em coerência com suas opiniões expressam com isso uma divergência substancial sobre princí-

pios. E se elas empregam o termo dever universal e prescritivamente, então sua divergência "substancial" expressa decisões de princípio contrárias. Essas decisões são, todavia, ambas tomadas livremente. Em última instância, sempre somos livres, segundo Hare, para seguir uma ou outra tendência moral. Aqui poderíamos acrescentar a tese conhecida dos emotivistas, os quais diriam que, nesses casos, todo convencimento depende, em última instância, de um esforço individual de persuasão. O curioso é que cada um deles, ao opinar ou tomar uma decisão, estaria, segundo a teoria de Hare, adotando uma atitude autolegislativa autêntica, logo, moralmente legítima. Seguindo essa tese não é logicamente impossível imaginar um cenário social composto por uma pluralidade de sistemas normativos privadamente elaborados, isto é, construídos mediante autolegislação, mas irredutíveis a qualquer consenso ou acordo.

De fato, partindo dos supostos liberais do moderno Estado de Direito, não faz sentido dizer que alguém esteja moralmente, muito menos legalmente, obrigado a agir segundo meras convicções alheias. Todavia, também não faz sentido dizer que alguém esteja "obrigado" a agir segundo suas próprias convicções. Se por algum motivo qualquer, digamos, um motivo não racional, vergo-me às conclusões de uma outra pessoa, se o que contou como motivo para minha ação foi apenas algo externo, isto é, se fui, enfim, apenas persuadido, mas não propriamente convencido racionalmente, pode-se dizer que agi contrariamente ao que estava obrigado, digamos, por

mim mesmo? Por quê? Porque verguei-me a apelos irracionais ou persuasivos? Segundo os preceitos liberais, se alguém não está obrigado a seguir uma norma isso implica legitimidade também a ações que não se derivem de escolhas racionais. O que a tradição liberal estabelece (tendo em vista, certamente, a visão milliana como uma de suas visões mais representativas) é que não podemos coibir ações caso elas não prejudiquem direitos ou o interesse dos demais. O Estado não deve interferir em assuntos privados que não prejudiquem interesses públicos ou alheios.

Suponhamos, agora, que estejamos em um país onde o aborto seja livre, e que nesse país exista uma seita religiosa fundamentalista que proíba o aborto e que adote uma sanção física radical contra essa prática, como o espancamento público diante de seus pares. Suponhamos que um médico seja membro da seita, mas que, por razões especiais, tenha acedido a uma solicitação de aborto. Por mais que os membros dessa seita julguem que os que praticam o aborto sejam criminosos e devam ser condenados à morte, não creio que diríamos que o médico tinha alguma obrigação, em sentido forte, de seguir essa norma (20). A legislação de seu país não o proibia de realizar abortos. De fato, caso ele fosse julgado extrajudicialmente e condenado por seus pares ao flagelo público, isto sim é que seria considerado um crime.

O conflito entre o Direito e uma certa concepção moral privada ou comunitária, se é um conflito autêntico, é um conflito entre dois sistemas deontológicos. Se uma lei me obriga

a fazer (ou a deixar de fazer) alguma coisa, mas eu não me julgo moralmente obrigado a isso, se meu juízo de não proibição moral é válido em algum sentido, é porque ele me remete a algum sistema normativo que o autoriza. Estamos diante de um conflito real entre dois sistemas normativos. Se o conflito é tido como racionalmente insuperável dentro de um sistema, talvez a dominância política de um sistema sobre outro é o que decidirá a questão. Aos que convivem em sociedades modernas pós-tradicionais, conflitos entre o Direito e sistemas normativos tradicionais decidem-se, como regra e em última instância, a favor do império do Direito. Isso não significa dizer que o Direito é inacessível a argumentos que façam referência a princípios ou concepções morais tradicionais.

Dworkin foi genial nesse ponto, ao mostrar que essa é uma das debilidades na tradição positivista. Habermas interpretou assim a tese de Dworkin: "O discurso jurídico é independente da moral e da política, porém, somente no sentido de que também os princípios morais e as finalidades políticas podem ser traduzidos para a linguagem neutra do Direito e engatadas no código jurídico. Entretanto, por detrás dessa uniformidade do código oculta-se um complexo sentido de validade do Direito legítimo, o qual explica por que, no caso de decisões sobre princípios, os discursos jurídicos admitem argumentos de origem extralegal" (21).

Habermas refere-se à tese de Dworkin de que, diante de casos difíceis, isto é, casos em que nenhuma norma legal explícita é capaz de for-

necer solução a um conflito normativo, os juízes buscam referência em princípios morais. No entanto, o que Dworkin pretende criticar é a tese positivista de que os juízes, nesses casos complexos, estabelecem decisões por discricção (discretion), criando novos direitos legais. Para Dworkin, os juízes não criam novos direitos ou princípios. O suposto básico é que, mesmo em casos difíceis, somente um dos lados tem o direito de vencer. E cabe aos juízes tomar essa decisão. Porém, ao decidir por um lado, os juízes não criam novos direitos. Embora não haja nenhum procedimento mecânico de decisão, os juízes amparam suas decisões em interpretações sobre direitos tomados como pré-existentes. Para Dworkin, as decisões judiciais reforçam ou efetivam direitos políticos. Esses direitos políticos ou morais teriam, segundo Habermas, uma origem "extralegal". Todavia, Dworkin também afirma que os "direitos políticos são criaturas tanto com uma história como uma moralidade: que direitos são conferidos a um indivíduo numa sociedade civil depende tanto da prática como da justiça de suas instituições políticas" (22). Há uma unidade entre história e justiça política. Decisões baseadas em princípios de justiça refletem decisões passadas. Assim, a moralidade "extralegal" que ampara decisões jurídicas em casos difíceis, ainda que possa não ter contrapartida positiva em normas jurídicas expressas, não se trata, por outro lado, de uma mera referência do juiz a princípios metafísicos externos ao Direito. A moralidade comum é um fenômeno com uma existência histórica que influencia o Direito também a partir de sua influência nas decisões concretas dos juízes. Essa influência

não é propriamente "extralegal". Se um princípio é capaz de influenciar uma decisão jurídica é porque ele tinha ou passou a ter força legal.

Assim, meu comentário a essa interpretação de Habermas é que é desnecessário falar em princípios morais como sendo, em todo e qualquer caso, algo diverso do que chamamos de princípios jurídicos. Ao contrário dos positivistas, para os quais só há sentido em se falar que alguém se encontra sob uma obrigação caso seu exemplo caia sob uma norma legal válida que requeira dele fazer ou evitar fazer alguma coisa – isto é, que na ausência dessa regra ou norma legal não há obrigação legal (23) –, para Dworkin a existência de dois tipos de regras jurídicas, a saber, princípios (principles) e normas (rules), é o que nos permite compreender como princípios operam de um modo a facilitar decisões em casos difíceis, unindo, em uma mesma deontologia, justiça política (ou moralidade pública) e direito positivo.

I V

A apresentação usual dos dilemas bioéticos é a de uma polarização entre duas ou mais obrigações concorrentes. A conhecida tese principialista de Beauchamp e Childress não foge a essa regra. Nessa versão, dilemas morais expressam um conflito entre princípios ou normas *prima facie* obrigatórias (24). A teoria, no entanto, vale-se da mesma suposição deontologista em ética de que decisões morais sempre expressam obrigações, e que somente uma obrigação pode vencer uma obrigação (25).

Até agora, ressaltai que, se levarmos à sério as críticas de Anscombe à filosofia moral contemporânea, uma das inconsistências nesse modelo deontologista deve-se à aceitação acrítica de expressões cuja inteligibilidade depende de um certo pano de fundo normativo, de uma concepção legislativa da ética, a qual, todavia, há muito deixou de ter autoridade. Mas isso não poderia implicar assumir que não podemos falar em obrigações em sentido estrito. Porém, se uma teoria moral inteligível teria de deixar de lado termos como 'dever moral' e 'obrigação moral' (e quiçá voltar-se ao estudo das virtudes humanas com todas as suas peculiaridades), isso não significa que tais termos deixaram de ter qualquer significado prático. Além disso, se deixarmos de lado a suposição igualmente questionável dos positivistas de que moral e Direito correspondem a domínios de argumentação completamente independentes, então falar em obrigações é algo que diz respeito tanto à moralidade política como ao Direito. Nesse âmbito, a referência marcante dos principialistas a princípios morais *prima facie* obrigatórios faria sentido não apenas no contexto de considerações morais como também no contexto de considerações de importância jurídica. Ela equivaleria às observações de Dworkin sobre o papel dos princípios na argumentação dos juízes em casos difíceis. 'Princípios', diz Dworkin, 'formam uma parte essencial em argumentos que apóiam juízos sobre direitos e obrigações legais particulares' (26).

Nesse prisma, princípios obrigam *prima facie* (ao contrário de normas explícitas que podem ser aplicadas, seguido o clássico modelo de de-

dução formal, a casos), em razão de sua natureza como explicitações de práticas inferenciais implícitas, a um certo modo de agir e pensar moral e jurídico comum, isto é, a uma certa prática deontológica. O que chamamos de Direito é, assim, parte da moralidade comum; em termos mais específicos, trata-se da deontologia adequada a uma certa tradição moral de orientação liberal, e das instituições adequadas a sua efetivação.

Albert Jonsen, na introdução ao seu livro *A short history of medical ethics*, comenta que, a despeito dos vários sentidos dos termos moralidade e ética, é possível encontrar nos mais diversos tipos de escritos sobre a natureza da vida moral alguns temas consistentes. Lembra que desde, pelo menos, os tempos de Sócrates os pensadores ou refletiram sobre o caráter ou qualidade da pessoa moral, ou sobre os deveres ou obrigações que constituem a vida moral, ou sobre o relacionamento entre os indivíduos de um certo grupo e sua comunidade. Jonsen denominou esses três domínios, respectivamente, de decorum, deontologia e ética política (27). Isso que Jonsen chamou de decorum, MacIntyre preferiu chamar de 'tábua de virtudes' (28). Trata-se de uma descrição, não necessariamente sistemática, de certos modelos de conduta humana que são expressão do caráter de uma pessoa, isto é, de suas virtudes. A deontologia, por sua vez, diz respeito às concepções compartilhadas acerca de obrigações, expressas por meio de normas e princípios. A ética política trata dos princípios que orientam a ação dos indivíduos e seus grupos no interior de uma sociedade, em busca de reconhecimento público.

Minha tese é de que considerações deontológicas, se são apenas considerações específicas a uma certa comunidade ou grupo profissional, compõem o que usualmente chamamos, em sentido estrito, de uma deontologia ou de um código deontológico. Note-se que toda deontologia profissional é de caráter legislativo, ainda que sua abrangência possa ser apenas interna à conduta dos membros dessa profissão. Todavia, numa sociedade moderna, nenhum código deontológico é válido exceto se for admitido como legítimo pela legislação de um país. O que novamente torna toda obrigação, em sociedades pós-tradicionais, deontologicamente derivada ou ao menos dependente ou subordinada à autoridade do Direito. A deontologia interna a uma profissão, por exemplo, é suscetível de assimilação pelo Direito de uma nação. Algo que, aliás, faz parte de sua moralidade pública.

Creio que podemos estender essa tripla divisão da ética sugerida por Jonsen para além do comportamento das profissões. Trata-se de uma tríade apta à compreensão dos aspectos que compõem a moralidade social moderna. Isso em que pese haja, de fato, um certo "esquecimento" das virtudes sociais, falsamente compensado por uma certa hipertrofia à deontologia. Falsamente compensado, já que esse excesso deontologista se estende para além de seu domínio natural, isto é, ao âmbito específico do Direito. Visões deontológicas empregadas fora de seu domínio próprio conduzem ou à liberdade ou à imposição totalitária de costumes. De um lado, a um apelo liberal fictício à auto-legislação (o que redundará na perda de referenciais morais sob o perigo do relativismo cínico);

de outro, a uma ampliação desmedida do Direito (o que redundaria, sob o reforço do preconceito e da intolerância moral, num encurtamento do espaço de liberdade dos indivíduos).

Um comentário a mais sobre os diferentes tipos de obrigações. Não pretendo com minha tese afirmar que não existam deveres e obrigações exceto as jurídicas. Há deveres ou obrigações morais, ou, em sentido talvez mais preciso, compromissos e responsabilidades que não assumem necessariamente a forma de obrigações jurídicas. Há compromissos que nos vinculam aos interesses de outras pessoas, mas que, com respeito aos quais, não estamos propriamente obrigados juridicamente. Não são compromissos que se derivam de normas ou princípios legislativos explícitos, mas de convenções sociais ou acordos privados. Devem seu fundamento a expectativas comuns de comportamento convencionalmente derivadas. Tome-se o exemplo da instituição da promessa. Promessas são usualmente atos lingüísticos que nos vinculam a compromissos de realizar alguma coisa. E não é pelo fato de não serem, em sentido estrito, protegidas, em toda a sua extensão, pelo Direito, que somos menos obrigados a cumpri-las. É verdade que esses tipos de compromissos são expressos usualmente como deveres (duties), o que levou muitos filósofos a considerar sua diferença fundamental com as obrigações em sentido estrito (29). Talvez, se seguirmos Anscombe, todos esses compromissos ou deveres seriam melhor interpretados à luz de considerações sobre virtudes. No entanto, promessas são invenções humanas que servem a esquemas cooperativos. Essa era

a tese, por exemplo, de Hume. Assim como Warnock, Hume tendia a chamá-las 'deveres' (duties), e não obrigações (30). De qualquer modo, sejam obrigações estritas (juridicamente aplicáveis) ou obrigações restritas à esfera privada dos relacionamentos humanos, sejam interpretadas em sentido deontológico ou à luz de virtudes, em todo caso não faz sentido afirmar que sua origem tem uma fonte autolegislativa. Se estou obrigado a cumprir uma promessa não é porque determinei isso a mim mesmo. Se fosse assim, seria aceitável que eu pudesse me desvincular dessa obrigação mediante uma simples mudança de opinião. Ora: quando alguém diz que prometeu algo, ele, com efeito, expressa uma resolução de realizá-lo; e, ao longo disso, pelo uso desse modo de expressão, sujeita-se à penalidade de nunca ser novamente confiado em caso de falha. Uma resolução é o ato natural da mente, que a promessa expressa; porém, caso não houvesse nada além de uma resolução, promessas apenas declarariam a nossa motivação prévia, e não criariam nenhum novo motivo ou obrigação. Há convenções dos homens que criam um novo motivo, quando a experiência tem nos ensinado que os assuntos humanos deveriam ser conduzidos com vistas a vantagens recíprocas, caso em que certos símbolos ou sinais são instituídos a fim de dar a outrem a segurança de nossa conduta em qualquer incidente particular. Depois que esses sinais foram instituídos, qualquer um que os empregue é imediatamente atado pelo interesse de cumprir com seus compromissos (engagements), e não deve nunca esperar ser novamente confiado, caso recuse-se a realizar o que prometeu (31).

Se Hume tem razão nesse ponto, então não faz sentido pensar a moralidade como esfera autolegislativa, na qual a normatividade ocuparia papel apenas subjetivo. Além disso, a noção de que em infrações morais cabe apenas sanções "internas" também torna-se, de todo, questionável. O exemplo de Hume nos serve para constatar que mesmo no âmbito de relações e compromissos na esfera privada (isto é, que não são suscetíveis de sanção pública ou jurídica) pode caber sanções externas. Algo como sanções morais, determinadas em âmbito privado e toleradas pelo Direito. Se alguém deixa de cumprir o que prometeu, torna-se sujeito à desconfiança e às conseqüências que disso pode resultar nos seus futuros relacionamentos privados.

Para concluir: considerações morais e considerações jurídicas são considerações de razões para tomadas de decisão. Considerações jurídicas apóiam as decisões tomadas pelos profissionais do Direito. Todavia, ao tomarmos decisões fora dessa esfera profissional, também podemos fazer uso de princípios e normas jurídicas, buscando autoridade a nossas opiniões e atitudes. Porém, os princípios a que apelamos são usualmente os mesmos que são empregados pelos juízes. Creio que isso justifica a reivindicação de alguns especialistas em Biodireito a que os princípios da Bioética também tenham lugar no Direito (32). Ao que vale acrescentar: e vice-versa. Mas isso não faria sentido se toda validade objetiva da moralidade fosse simplesmente reduzida ao mero exercício privado de nossa suposta capacidade de autolegislar.

RESUME

¿Hay obligaciones fuera del Derecho?

Se sabe que el Derecho trata de las obligaciones jurídicas a que estamos sometidos en nuestra convivencia social como ciudadanos. No obstante, la filosofía moral contemporánea también ha alegado que estamos sometidos a obligaciones morales. Pero, al contrario del Derecho, que nos obliga bajo pena de una sanción externa, se dice usualmente que en la ética estamos sujetos a sanciones internas, pues la moral actuaría apenas en foro íntimo. Comprender las semejanzas y diferencias entre la moralidad y el Derecho es fundamental para cualquiera que se interesa por los asuntos de la Bioética y del Bioderecho. En este artículo, el autor pretende analizar los conceptos de deber y obligación moral, y de obligación jurídica. Se trata de una crítica tanto a la tesis de la autonomía del Derecho con respecto a la moral como a la tesis de que las obligaciones morales se derivan únicamente por auto legislación.

ABSTRACT

Are there obligations outside the Law?

It's known that the Law deals with legal obligations that we are subject to in our social coexistence as citizens. However, contemporary moral philosophy also alleges that we are subject to moral obligations. But, contrary to Law, which obligates us under the penalty of external sanction, it's usually said that in ethics we are subject to internal sanctions, because morals only come into play in private and intimate matters. To understand the similarities and differences between morality and the Law is fundamental to all those interested in issues involving Bioethics and BioLaw. In this article, the author intends to analyze the concepts of duty and moral obligation, as well as that of legal obligation. It's a criticism of both the thesis of the autonomy of Law in respect to morals, as well as to the thesis that moral obligations are derived exclusively through self-legislation.

REFERÊNCIAS

1. Habermas J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.v.1: 73.
2. Nowell-Smith PH. *Ethics*. Nova York: Philosophical Library, 1959.
3. Hume D. *A treatise of human nature*. Oxford: Clarendon Press, 1978.
4. Kelsen H. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987: 35.
5. Kelsen H. *Op.cit.* 1987: 68.
6. Essa tese é altamente difundida. Para dar alguns exemplos em textos conhecidos em nosso meio, veja-se, por exemplo, William Frankena. Em seu conhecido livro *Ethics*, Frankena diz que 'a moralidade é uma instituição social, mas uma instituição que induz seus membros à auto-orientação, ou autodeterminação racional' (Frankena W. *Ética*. Rio de Janeiro: Zahar, 1969; traduzido de Frankena W. *Ethics*. Prentice-Hall, 1963). O mesmo pode ser visto também em Ernst Tugendhat. Em *Problem der Ethik*, Tugendhat afirma, em resposta às críticas de sua ex-aluna Úrsula Wolf, que 'as sanções externas são constitutivas das normas jurídicas e, pelo contrário, as sanções internas são constitutivas dos costumes, ou ao menos daqueles que consideramos fundados e, portanto, morais' (Tugendhat E. *Problem der ethik*. Stuttgart: Reclam, 1984: 132).
7. Vem sendo corrente classificar como deontológica a toda teoria moral que sustente a primazia do conceito de dever sobre outros conceitos morais, como o bem (qualquer termo moral é passível de ser reduzido a alguma norma explícita que dê expressão a algum dever ou obrigação).

8. Hare RM. *The language of morals*. Oxford: Oxford Press, 1961. Em português Hare RM. *A linguagem da moral*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
9. Pereira CMS. *Instituições de Direito Civil*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v.1: 9 (o grifo em itálico é meu). O professor Genival Veloso de França, na mesma linha, afirmou em seu conhecido livro sobre *Direito Médico* que 'a moral vive na subjetividade e atua na vida interior', ao passo que 'o Direito é coercitivo e atinge a vida social' (França GV. *Direito médico*. 7ª ed.rev.ampl. São Paulo: Fundo Editorial Byk, 2001: 15-6).
10. Brody B. Law and morality. In: Reich W, editors. *Encyclopedia of Bioethics*. New York: Mac-Millan, 1979: 817-22.
11. Dworkin R. *Law's empire*. 10ª.ed. Cambridge: Harvard University Press, 1997: 100-1.
12. Mill JS. *On liberty, representative government, the subject*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1956.
13. Deixo em aberto a questão de se o que se entende por Direito inclui ou exclui o chamado direito natural. Porém, ressalte-se que não é uma condição absoluta em Direito que considerações de princípio ou normativas somente tenham validade jurídica caso feitas à luz de princípios e normas do chamado direito positivo. Dworkin considerou, por exemplo, que na tentativa de dar solução jurídica a certas antinomias jurídicas (o que Dworkin preferiu chamar de 'casos difíceis'), um juiz pode valer-se de princípios e normas morais (ou, se preferirmos, princípios e normas não necessariamente positivadas em algum ordenamento legal, alegadas usualmente como relativas ao direito natural, senão que apenas como relativas à moralidade comum ou ainda a princípios universais da moralidade). A propósito, veja-se Dworkin R. *Taking rights seriously*. 17ª.ed. Cambridge: Harvard, 1999. Minha tese é de que a consideração de tais princípios e normas, eventualmente não positivadas em algum ordenamento jurídico, como obrigatórias, equivale a considerá-las como juridicamente válidas.
14. Anscombe GEM. *Modern moral philosophy*. *Philosophy* 1958;33:124.
15. A propósito, ver: Azevedo MAO. *A distinção de Hume* [tese]. Porto Alegre: UFRGS, 2001.
16. Wittgenstein L. *Investigações filosóficas*. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 2000. (Os pensadores)
17. Kripke SA. *Wittgenstein on rules and private language*. Cambridge: Harvard UP, 1982.
18. Admito, porém, que os defensores da visão kantiana objetariam essa tese, alegando que Kant jamais sustentou que dependa de nosso arbítrio ter ou não ter obrigações morais, mas sim que depende de uma decisão nossa agir ou não em conformidade com elas (Almeida GA. *Liberdade e moralidade segundo Kant*. *Analytica* 1997;2(1):175). Debater com essa tese está, no entanto, fora dos propósitos deste artigo.
19. Há todo um debate atual sobre a força ou fraqueza teórica das 'éticas da virtude'. Uma boa referência é Crisp R, Slote M, editors. *Virtue ethics*.

Londres: Oxford Press, 1997, volume sobre as éticas da virtude da coleção Oxford readings in philosophy, que republica o famoso artigo de Anscombe GEM. Op.cit. 1958. Pellegrino ED, Thomasma DC. The virtues in medical practice. Oxford: Oxford Press, 1993, difunde a vertente das éticas da virtude no meio bioético.

20. Minha tese certamente é uma radicalização da tese de Anscombe. Seguindo suas teses, poderíamos admitir que esse médico julgava-se sob a obrigação moral de não praticar o aborto, dado que compartilhava os preceitos legislativos da seita religiosa da qual era um membro praticante. Todavia, tais preceitos legislativos de ordem religiosa deixaram de ser Direito nas modernas sociedades pós-tradicionais. O que estou sugerindo é que obrigações não podem ser concebidas fora de sistemas legislativos (morais, no sentido tradicional, ou jurídicos, no sentido pós-tradicional). O que resta aos membros da seita religiosa em questão é apenas uma "reliquia moral" de práticas sem autoridade legislativa atual. Ao falarem em obrigações fora do Direito, seus membros aludem à autoridade de um sistema legislativo que não tem mais força legislativa. Suas expressões apenas retêm a força psicológica da expressão que, em tempos anteriores, estava de fato associada à autoridade legislativa de uma prática legislativa tradicional ancorada em uma concepção religiosa da ética.

21. Habermas J. Op.cit. 1997: 257.

22. Dworkin R. Op.cit. 1999: 87.

23. Dworkin R. Op.cit. 1999: 17. Para Hart, por exemplo, a distinção kantiana entre agir por dever

e agir meramente conforme o dever merecia ser substituída por outra, a de estar obrigado (being obliged) e a de ter uma obrigação (being obligated). Se alguém está submetido a uma norma ele não está meramente forçado (obliged), mas obrigado (obligated) a fazer alguma coisa. Ao contrário da tese kantiana, que torna a simples submissão ao Direito uma adesão heterônoma da vontade (só adesões morais seriam autônomas, porque derivadas de uma autolegislação), a tese de Hart torna o Direito fonte de obrigações em um sentido mais forte que o mero constrangimento externo (ver Hart HLA. The concept of law. Oxford: Clarendon Press, 1961).

24. Beauchamp T, Childress J. The principles of biomedical ethics. 5ª ed. Oxford: Oxford Press, 2001.

25. Williams B. Ethics and the limits of philosophy. Londres: Fontana, 1985: 174-96.

26. Dworkin R. Op. cit. 1999: 28.

27. Jonsen AR. A short history of medical ethics. Oxford: Oxford Press, 2000: x.

28. MacIntyre A. After virtue. Londres: Duckworth, 1981.

29. Warnock G. The object of morality. Londres: Methuen, 1971.

30. Baier AC. A progress of sentiments. Cambridge: Harvard UP, 1991: 232.

31. Hume D. Op.cit. 1978: 519, 524. Hume concluirá dizendo que se as obrigações morais tivessem

origem numa vontade autolegisladora, estaríamos diante da operação intelectual mais misteriosa e incompreensível que se poderia imaginar, algo 'comparável à transubstanciação e aos sacramentos'

32. Diniz MH. O estado atual do Biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001. Também: Mendes AC, Silva JV, Dallari SG. Bioética e Direito. Bioética 1999;7:225.

ENDEREÇO PARA CORRESPONDÊNCIA

Hospital de Pronto
Socorro Municipal de Porto Alegre
Direção Científica / Programa de Bioética
Largo Teodoro Hertzl s/n
CEP: 90040-192
Porto Alegre - RS - Brasil