

O CARÁTER MORAL NA LUTA PELO DIREITO: UMA VISÃO DE RUDOLF VON IHERING

CLÁUDIO FONTENELLE ANGELIM

Bacharel em Direito pela
Universidade de Fortaleza - UNIFOR:

RESUMO

O nosso objeto de estudo tem por finalidade identificar, na visão de Rudolf von Ihering, a importância que tem a luta pelo direito na conquista de uma justiça social para todos, mostrando que a luta de cada um pelo “seu direito” é extremamente significativa para a formação de uma consciência geral do direito e de uma convicção jurídica que o povo ainda não compreende.

Palavras-chave: Filosofia do Direito. Justiça social. Consciência geral.

ABSTRACT

This paper aims at identifying, in the vision of Rudolf von Ihering, the importance of the fight for the right of social justice, pointing out that every person’s fight for his or her right is extremely important for the shaping of a general conscience of rights and of a legal certainty that the population is yet to comprehend.

Keywords: Social justice. General conscience. Philosophy of Law.

INTRODUÇÃO

A razão pela qual se exige uma disciplina do homem em seu grupo repousa no fato de que as associações possuem, por sua natureza diversa, uma necessidade de equilíbrio que só se encontra quando a autonomia dos seres se coordena na finalidade do todo. É a lei dos sistemas que se torna imperiosa, de cada indivíduo até sua sociedade.

Em tudo parece haver uma tendência para a organização e os seres humanos não fogem a essa vocação. Todo agregado, todo sistema, entretanto, depende de uma disciplina comportamental e de conduta.

Parece ser uma tendência do ser humano, como tem sido objeto de referência de muitos estudiosos,¹ a de defender, em primeiro lugar, seus interesses próprios; quando, entretanto, esses são de natureza pouco recomendável, podem ocorrer problemas muito sérios.

Quando o direito tem sua defesa só para auferir renda, em geral, tem seu valor restrito. Por outro lado, quando o direito é defendido pelo seu sentido moral, visando ao benefício não individual, com consciência do bem comum, passa a existir a expressão

¹ Basta observar o que Maquiavel escreve em seu “O príncipe” para se chegar a conclusão sobre essa realidade.

social do mesmo. Aquele que só se preocupa com os lucros, geralmente, tende a ter menor consciência de grupo. Fascinado pela preocupação monetária, a ele pouco importa o que ocorre com a sua comunidade e muito menos com a sociedade.

Como não existem limites para as ambições humanas, no campo da riqueza, a conduta pode tornar-se agressiva e inconveniente, e esta é uma das fortes razões pelas quais devemos nos proteger e lutar contra os que não respeitam nossos direitos, sejam eles de ínfimo valor monetário.

Para Ihering (1992), *“não é suficiente a garantia puramente abstrata de boas condições de vida por parte do direito, e sim devem elas ser concretamente defendidas pelo sujeito do direito.”*

E ainda ressalta que o *“sentimento jurídico exercitado não se satisfaz com o simples restabelecimento do direito; reclama ainda uma satisfação particular para a contestação que, maldosamente ou não, o adversário tenha oposto ao seu direito.”* (p. 24)

O que Ihering (1992) quis dizer é que a agressão ao direito de um cidadão, seja ela intencional ou não, causa-lhe a chamada dor moral, de intensidade diferente da dor física, dependendo do nível de sensibilidade subjetiva do indivíduo, segundo a forma e o objeto da lesão. Para Ihering (1992), *“partindo do motivo vulgar do interesse, elevamo-nos ao ponto de vista da conservação moral da pessoa, para atingir, afinal, o da cooperação do indivíduo na obra comum da realização da idéia do direito.”*

O direito pode legitimar um poder e este legitimar outras situações de direito, mas nada disso legitima a conduta que se processa contra os princípios éticos. Estes por sua vez norteiam os caminhos pelos quais devemos sempre seguir na busca do sentimento jurídico como um todo, ou seja, na busca pelo “direito”.

Destarte, faz-se necessária uma reflexão sobre da legitimação de nossos direitos, pois que em sua busca não se admite mais o interesse apenas pela pecúnia, e sim pela própria conservação da moral, que é ferida constantemente.

Pode-se lembrar que Ihering simbolizava a atividade jurídica com uma espada e uma balança: o Direito não seria o equilíbrio da balança se não fosse garantido pela força da espada. E sendo a Paz o fim a que se propõe o direito, faz-se necessária a consciência de cada um da importante missão, como membros de uma sociedade que somos, de lutar pelo direito custe o que custar, sempre buscando na justiça a dignidade humana.

1. O DIREITO OBJETIVO E O DIREITO SUBJETIVO

Quando Ihering fala da luta pelo direito, ele se refere ao direito concreto, ou seja o direito subjetivo. E que essa luta se dá quando o direito é lesado ou usurpado, pois não existe direito algum ao abrigo desses perigos.

Para Ihering (1992), o direito objetivo forma a condição para o direito subjetivo; não existindo o direito concreto senão onde existirem condições pelas quais a regra jurídica abstrata, ou seja, o direito objetivo, consolida a existência desse direito.

Brancato (1991, p. 6) faz essa dicotomia quando diz que, “pode-se, contudo, considerar o direito como o poder de fazer valer interesses individuais sobre pessoas e coisas, dentro de um campo de ação. A primeira circunstância dá ao direito um critério objetivo; a segunda, um critério subjetivo”. Ressaltando ainda que, nestas condições, pode-se dizer que o direito objetivo é o conjunto de normas que obrigam a pessoa a um

comportamento consentâneo com a ordem social. Por esse prisma, então, o direito é a norma de ação imposta ao homem e à qual este deve submeter-se até mediante coação do Estado. É o que se chama norma *agendi* ou regra da ação.

Direito subjetivo é o poder de ação. Diz-se, então, que, subjetivamente, o direito é a faculdade de alguém fazer ou deixar de fazer alguma coisa, de acordo com a regra de ação, ou seja, de acordo com a norma. A esse poder de ação, a essa faculdade de agir, alguns denominam *facultas agendi*.

Na oportuna síntese do Prof. Washington de Barros Monteiro (*apud* BRANCATO, 1991) o direito subjetivo é derivado do direito objetivo. Por exemplo: a lei impõe ao devedor a obrigação de pagar a dívida ao credor. É o direito objetivo. Ao mesmo tempo faculta ao credor o poder de cobrar a dívida ao devedor. É o direito subjetivo. Ambos se correlacionam. Não são diferentes um do outro, mas sim aspectos diversos de um mesmo conceito.

2 A ÉTICA E A MORAL

Assim como os problemas teóricos morais não se identificam com os problemas práticos, embora estejam estritamente relacionados, também não se podem confundir a ética e a moral.

realmente os termos ‘ética’ e ‘moral’ não são particularmente apropriados para nos orientarmos. Cabe então uma observação sobre sua origem. Aristóteles tinha designado suas investigações teórico-morais - então denominadas como ‘éticas’ - como investigações ‘sobre o ethos’, ‘sobre as propriedades do caráter’, porque a apresentação das propriedades do caráter, boas e más era uma parte integrante essencial destas investigações. A procedência do termo ‘ética’, portanto, nada tem a ver com aquilo que entendemos por ‘ética’. No latim, o termo grego *éthicos* foi então traduzido por *moralis*. *Mores* significa: usos e costumes. Isto novamente não corresponde, nem à nossa compreensão de ética, nem de moral. Além disso, ocorre aqui um erro de tradução. Pois na ética aristotélica não apenas ocorre o termo *éthos* (com 'e' longo), que significa propriedade de caráter, mas também o termo *éthos* (com 'e' curto) que significa costume, e é para este segundo termo que serve a tradução latina.

A palavra moral tem origem no latim - *morus* - significando os usos e costumes, sendo o conjunto das normas para o agir específico ou concreto. A moral está contida nos códigos, que tendem a regulamentar o agir das pessoas. Para Vasquez (1985, p. 12)

A ética não cria a moral. Conquanto seja certo que toda moral supõe determinados princípios, normas ou regras de comportamento, (...) A ética depara com uma experiência histórico-social no terreno da moral, ou seja, com uma série de práticas morais já em vigor e, partindo delas, procura determinar a essência da moral, sua origem, as condições objetivas e subjetivas do ato moral, as fontes da avaliação moral, a natureza e a função dos juízos morais, os critérios de justificação destes juízos e o princípio que rege a mudança e a sucessão de diferentes sistemas morais.

Portanto, pode-se dizer que a ética é a teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade. Ou seja, é ciência de uma forma específica de comportamento humano. Vasquez (1985, p.13) complementa ainda que,

a ética é a ciência da moral, isto é, de uma esfera do comportamento humano. Não se deve confundir aqui a teoria com o seu objeto: o mundo moral. Às proposições da ética devem ter o mesmo rigor, a mesma coerência na fundamentação das proposições científicas. Ao contrário, os princípios, as normas ou os juízos de uma moral determinada não apresentam esse caráter. E não somente não têm um caráter científico, mas a experiência histórica moral demonstra como muitas vezes são incompatíveis com os conhecimentos fornecidos pelas ciências naturais e sociais (...) A ética não é a moral e, portanto, não pode ser reduzida a um conjunto de normas e prescrições; sua missão é explicar a moral efetiva e, neste sentido, pode influir na própria moral.

2 O DIREITO E A MORAL

Nos povos primitivos, não havia condições objetivas de se distinguir moral e direito. As normas reguladoras da vida abrangiam tanto disposições jurídicas como aquelas da esfera moral e religiosa. A vida social não permitira ainda a nítida separação entre os diversos setores da cultura, até porque um mesmo homem fazia às vezes o papel de sacerdote, médico, juiz, educador e filósofo.

Modernamente, a separação decorre do caráter coercitivo das normas de direito em confronto com a não-coercibilidade das normas morais, todavia percebe-se nitidamente a tendência de as normas do direito se valerem de conceitos morais previamente estabelecidos. Pode-se dizer que, ao estabelecer uma norma jurídica, o legislador atribui-lhe a exigibilidade de que a sociedade lhe confira um mínimo de moral que ela considera imprescindível à sua sobrevivência.

Ihering (1992, p. 12) diz que, *“a defesa do direito é portanto um dever da própria conservação moral; o abandono completo, hoje impossível, mas possível em época já passada, é um suicídio moral”*

Para Brancato (1991, p. 2), *“a moral se estende aos deveres do homem para consigo mesmo, para com os outros homens e para com Deus. De um modo geral podem-se encarar os preceitos de ordem moral sob três aspectos: regras morais do homem perante Deus; regras morais do homem perante si mesmo; regras morais do homem perante a sociedade.”*

No primeiro caso o autor trata da moral de forma religiosa; no segundo, da moral individual; no terceiro, da moral social. Contudo, o direito não vai tão longe: referindo-se aos deveres dos homens apenas para com os outros homens.

De acordo com Vasquez (1985, p. 80), *“As normas morais se cumprem através da convicção íntima dos indivíduos”*. Ou seja, o agente moral interioriza as normas que devem ser cumpridas através de sua própria consciência. Nader (1996, p. 29) afirma que:

O direito, como produto cultural que é, realiza valores; é engenho humano que visa à consagração da justiça, a esta se acha enlaçada com a moral. (...) Ao tutelar o valor do bem, a moral fornece importantes medidas à formação do direito positivo, tanto que a própria noção de justiça se insere no âmbito do bem.

Porque o direito também tem um cunho ético, ele, sob este aspecto, identifica-se com a moral, não obstante, a ordem jurídica, não se inspira totalmente na moral, visto que o direito cogita fatos que são alheios a esse setor. Daí por que na antigüidade não se separavam bem o direito da moral. Mas, no que diz respeito às sanções, as de natureza jurídica se diversificam das de natureza moral. Enquanto as de natureza moral se circunscrevem ao foro íntimo, à consciência de cada um, as de natureza jurídica propiciam uma coação material imposta pelo Poder Público à pessoa que transgride a regra jurídica.

De um modo geral, não somente as normas jurídicas, senão também as normas sociais e as regras morais, possuem coercibilidade. Mas, apenas a coerção moral e a social se diferenciam da coerção jurídica, pelo fato de aquelas se reduzirem, internamente, ao arrependimento, ao remorso ou a certos constrangimentos. Por sua vez, a coercibilidade, considerada de forma jurídica, poderá determinar a aplicação de determinadas sanções, estas também de caráter jurídico. Brancato (1991, p. 4) ainda diz que “*a coercibilidade é elemento imanente do direito, não sendo possível afirmá-lo como tal sem esse atributo.*”

Enfim, a moral se preocupa mais com a intenção, embora não deixe de considerar a ação; o direito se interessa mais pela ação, embora não deixe de considerar a intenção. E é por isso que Ihering distingue bem as diferenças entre injustiça subjetiva e injustiça objetiva; a primeira é criminosa e a segunda não; e como se sucede a dor moral causada pela injustiça intencional, o despotismo.

Afirma Ihering (1992, p. 26), “*A dor moral recorda o dever da própria conservação moral...*” Brancato (1991, p. 5) afirma ser Dante Alighieri quem mais perfeitamente definiu o atributo de bilateralidade do direito, quando cita, “*Direito é a proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a.*”

2 UM HISTÓRICO DA MORAL

Se por Moral entende-se um conjunto de normas e regras destinadas a regular as relações dos indivíduos numa comunidade social dada, o seu significado, função e validade não podem deixar de variar historicamente nas diferentes sociedades. Assim como umas sociedades sucedem a outras, também as morais concretas, efetivas, se sucedem e substituem umas às outras. Por isso, pode-se falar da moral da Antigüidade, da moral feudal própria da Idade Média, da moral burguesa na sociedade moderna, etc.

Portanto, a moral é um fato histórico e, por conseguinte, a ética, como ciência da moral, não pode concebê-la como dada de uma vez para sempre, mas tem de considerá-la como um aspecto da realidade humana que muda com o tempo. Mas a moral é histórica porque é um modo de comportar-se de um ser - o homem - que por natureza é histórico, isto é, um ser cuja característica é a de estar-se fazendo ou se autoproduzindo constantemente tanto no plano de sua existência material, prática, como no de sua vida espiritual, incluída nesta a moral.

A maioria das doutrinas éticas procura explicá-la esta à luz de princípios absolutos, e fixam a sua essência e a sua função sem levar em conta as morais históricas concretas. Este a-historicismo moral, no campo da reflexão ética, segue três direções fundamentais, que são a de Deus, a da natureza e a do homem como origem ou fonte da moral. Estas três

concepções coincidem quando procuram a origem e a fonte da moral fora do homem concreto, real, ou seja, do homem como ser histórico e social.

Embora seja verdade que o comportamento moral se encontra no homem desde que existe como tal, ou seja, desde as sociedades mais primitivas, a moral muda e se desenvolve com a mudança e o desenvolvimento das diversas sociedades concretas. É o que provam a substituição de certos princípios e de certas normas por outros, de certos valores morais ou de certas virtudes por outras, a modificação do conteúdo de uma mesma virtude através do tempo, etc.

A moral só pode surgir quando o homem supera a sua natureza puramente natural, instintiva, e possui já uma natureza social, isto é, quando já é membro de uma coletividade. Seu trabalho adquire necessariamente um caráter coletivo e o fortalecimento da coletividade se transforma numa necessidade vital. Aparece assim uma série de normas, mandamentos ou prescrições não escritas, a partir dos atos ou qualidades dos membros da gens ou da tribo que beneficiam a comunidade. Assim nasce a moral com a finalidade de assegurar a concordância do comportamento de cada um com os interesses coletivos.

Com o aumento geral da produtividade do trabalho, elevando a produção material até o ponto de se dispor de uma quantidade de produtos excedentes, criaram-se, assim, as condições para que surgisse a desigualdade de bens entre os chefes de família que cultivavam as terras da comunidade e cujos frutos eram repartidos até então com igualdade, de acordo com as necessidades de cada família.

Com a desigualdade de bens tornou-se possível a apropriação privada dos bens ou produtos do trabalho alheio, bem como o antagonismo entre pobres e ricos. A divisão da sociedade antiga em duas classes antagônicas fundamentais traduziu-se também numa divisão da moral. Esta deixou de ser um conjunto de normas aceitas conscientemente por toda a sociedade. De fato, existiam duas morais: uma, dominante, dos homens livres, a única considerada como verdadeira, e outra, dos escravos, que no íntimo rejeitavam os princípios e as normas morais vigentes e consideravam válidos os seus próprios, na medida em que adquiriam a consciência de sua liberdade.

A moral dos homens livres não só era uma moral efetiva, vivida, mas tinha também seu fundamento e sua justificação teórica nas grandes doutrinas éticas dos filósofos da Antigüidade. Aristóteles opinava que uns homens são livres e outros escravos por natureza, e que esta distinção é justa e útil. De acordo com esta concepção, que correspondia às idéias dominantes naquela época, os escravos eram objeto de um tratamento desapiedado, feroz, que nenhum dos grandes filósofos daquele tempo julgava imoral.

Com o desaparecimento do mundo antigo, que assentava sobre a instituição da escravidão, nasce uma nova sociedade cuja existência se prolongará durante uns dez séculos. Trata-se da sociedade feudal, cujo regime econômico-social se caracteriza pela divisão em duas classes sociais fundamentais: a dos senhores feudais e a dos camponeses servos; os primeiros eram donos absolutos da terra e detinham uma propriedade relativa sobre os servos, presos a ela durante a vida inteira. Os servos da gleba eram vendidos e comprados com as terras às quais pertenciam e que não podiam abandonar. Eram obrigados a trabalhar para o seu senhor e, em troca, podiam dispor de uma parte dos frutos do seu trabalho. Embora a sua situação, comparada com a dos escravos, continuasse sendo muito dura, porque eram objeto de toda espécie de violências e arbitrariedades, tinham direito à vida e formalmente reconhecia-se que não eram coisas mas seres humanos.

Pode-se observar que houve uma mudança no significado do próprio ser humano para a comunidade da época, assim como se estabelecia uma nova moral, na qual não

considerava mais o homem como um objeto. A moral da sociedade medieval correspondia às suas características econômico-sociais e espirituais. De acordo com o papel preponderante da Igreja na vida espiritual da sociedade, a moral estava impregnada de conteúdo religioso e como o poder espiritual eclesiástico era aceito por todos os membros da comunidade - senhores feudais, artesãos e servos da gleba - tal conteúdo garantia uma certa unidade moral da sociedade. Mas, ao mesmo tempo, e de acordo com as rígidas divisões sociais em estamentos e corporações, verificava-se uma estratificação moral, isto é, uma pluralidade de códigos morais .

Entre todos os códigos, é preciso destacar o da classe social dominante: o da aristocracia feudal. A moral cavaleiresca e aristocrática se distinguia como a dos homens livres da Antigüidade - por seu desprezo pelo trabalho físico e a sua exaltação do ócio e da guerra.

No interior da velha sociedade feudal deu-se a gestação de novas relações sociais às quais devia corresponder uma nova moral. Nasceu e se fortaleceu uma nova classe social - a burguesia - possuidora de novos e fundamentais meios de produção que iam substituindo as oficinas artesanais e, ao mesmo tempo, foi-se formando uma classe de trabalhadores livres que, por um salário, vendiam ou alugavam - por uma jornada - a sua força de trabalho .

Os interesses da nova classe social, dependentes do desenvolvimento da produção e da expansão do comércio, exigiam mão-de-obra livre, assim como o desaparecimento dos entraves feudais para criar um mercado nacional único e um Estado centralizado que acabassem com a fragmentação econômica e política .

Neste novo sistema econômico-social, que alcança a sua expressão clássica nos meados do século XIX, na Inglaterra, vigora, como fundamental, a lei da produção de mais-valia. A economia é regida, antes de mais nada, pela lei do máximo lucro, e essa lei gera uma moral própria. A sociedade se converte assim num campo de batalha no qual se trava uma guerra de todos contra todos, tal é a moral individualista e egoísta que corresponde às relações sociais burguesas .

Essa moral que lhe é inculcada como uma moral comum, livre de qualquer conteúdo particular, ajuda a justificar e a reforçar os interesses do sistema regido pela lei da produção da mais-valia e é, por isso, uma moral alheia a seus verdadeiros interesses humanos e de classe.

Assim como a moral burguesa trata de justificar e regular as relações entre os indivíduos numa sociedade baseada na exploração do homem pelo homem, do mesmo modo se lança mão da moral para justificar e regular as relações de opressão e de exploração no âmbito de uma política colonial e neocolonialista. Do mesmo modo que o escravista, na Antigüidade, não julgava necessário justificar moralmente a sua relação com o escravo, porque este, a seus olhos, não era pessoa mas coisa ou instrumento; e de modo análogo também ao capitalista do período clássico, que não via a necessidade de justificar moralmente o tratamento bárbaro e desapiadado que impunha ao operário, porque para ele era somente um homem econômico e a exploração um fato econômico perfeitamente natural e racional.

Toda a exposição anterior leva à conclusão de que a moral vivida realmente na sociedade muda historicamente de acordo com as reviravoltas fundamentais que se verificam no desenvolvimento social . Daí as mudanças decisivas que ocorrem na moral com a passagem da sociedade escravista à feudal e desta à sociedade burguesa . Vemos também que numa mesma sociedade, baseada na exploração de uns homens pelos outros ou

de uns países por outros, a moral se diversifica de acordo com os interesses antagônicos fundamentais.

3 FUNDAMENTAÇÃO DA MORALIDADE PARA DIVERSAS CORRENTES FILOSÓFICAS.

5.1 Moral iluminista

O Iluminismo ou Ilustração consistiu em um movimento cultural-filosófico que trouxe novos ares à Europa do final do século XVII e, principalmente, do século XVIII. A Filosofia das Luzes tinha características bem próprias, dentre elas a afirmação do homem e a confiança na razão. O homem passa a ser visto como o centro do mundo e o manipulador da natureza. A razão passa a ser o guia em todos os campos da experiência humana e, com isso, a ciência assume lugar de importância, bem como a história e, conseqüentemente, a idéia de progresso.

Aliás, a confiança na razão e no progresso é marca registrada do pensamento iluminista. O homem desafia a tradição e a autoridade, sendo incentivado a pensar livremente. Assim sendo, a filosofia moral da Ilustração tinha um compromisso com a ética racional. A moral devia ser norteada por princípios morais universais baseados no direito natural, no racionalismo ou no empirismo. Estes, embora apresentassem peculiaridades de acordo com as explicações em que se fundamentavam, tinham como ponto de interseção a primazia da crença na razão e não em revelações divinas e extrahumanas: o homem, agora racional, é o referencial.

As teorias jusnaturalistas, racionalistas e empiristas podem ser melhor clarificadas e sistematizadas a partir do movimento da Ilustração, embora tenham seus fundamentos anteriores ao Século das Luzes. Isto significa que a moral, inserida nessas três vertentes teóricas, pode ser melhor delineada com a filosofia iluminista.

5.2 Moral jusnaturalista

O Jusnaturalismo define-se como escola do direito natural, doutrina dos direitos do homem: direitos à vida, à felicidade, à liberdade, à segurança. São leis que precedem a formação dos grupos sociais, sendo reconhecíveis pela pesquisa racional, das quais derivam as leis morais, bem como as jurídicas. Esta corrente pretende descobrir as leis universais da conduta humana remontando à natureza do homem, abstraída das condições próprias de cada cultura. Os princípios são universais, naturais. Enfim, a moral jusnaturalista apóia-se na razão natural, em uma natureza universal, na qual a preocupação é com a legitimação de uma "instância superior" à lei positiva que precisamente permite julgar o caráter justo ou injusto desta lei.

5.3 Moral racionalista

O racionalismo, como movimento do primado da razão, pode ser melhor contextualizado na modernidade, pelo fato de que a noção de subjetividade, instaurada principalmente por Descartes, marca, " do ponto de vista ético, a crise insuperável, no nível da reflexão aberta pela ótica cosmocêntrica..." (OLIVEIRA, 1993, p. 18)

Neste sentido, a razão moderna apóia-se em um novo conceito de homem e de mundo, onde não há mais lugar para a visão cosmocêntrica que marcava a ontologia clássica, na qual a ordem imutável do Cosmos era tida como referência e responsável pela conduta humana, restando apenas ao homem a possibilidade de aproximar-se desse universo prévio por meio da contemplação, meio pelo qual o saber se dava.

A moral racionalista, ou melhor dizendo, as morais racionalistas têm em um princípio racional o fundamento da moral. Ela não se funda em um eixo da experiência, em um princípio que o homem encontra em si pela experiência da vida, mas em um princípio superior ao homem.

5.4 Moral empirista

As morais empiristas baseiam-se na premissa de que nada existe de superior ao homem e, portanto, que os fins e as normas de sua conduta só podem ser buscados nele próprio, fundando-se na experiência. A hipótese jusnaturalista é descartada. A base é a epistemologia sensorial: todo o conhecimento passa pelos sentidos, as sensações que geram o conhecimento empírico são geradoras, na esfera prática, da moral.

As morais empiristas podem ser agrupadas em três grandes classes: morais utilitaristas, morais altruístas e morais espontaneístas.

Nas primeiras o objetivo da vida é a felicidade que se encontra no prazer. A satisfação é procurada espontaneamente pelo homem. Jeremias Bentham, que é considerado o fundador da escola utilitarista e cujo sistema mostra a concepção mais representativa dessa doutrina, queria transformar a ética em uma ciência positiva da conduta humana, tornando-a exata tal qual a matemática. A única forma de comprovar se uma ação é útil ou não é através da experiência. O princípio da utilidade deve nortear a conduta individual e social, isto é, a moral.

Segundo Comte, o altruísmo se contrapõe ao egoísmo e tem como fundamento máximo o viver para os outros. Não há divergências entre esse pressuposto e a constituição natural do homem, que comporta instintos egoístas e simpatéticos ao mesmo tempo. Vale ressaltar que são os segundos que devem ser desenvolvidos e elaborados, o que levará o homem no caminho dos outros, ao altruísmo. Comte diz estar na educação e, é claro, em uma educação baseada em sua doutrina - uma educação positivista - a saída para o engrandecimento dos instintos não egoístas.

As morais altruístas pretendem reduzir toda a vida moral a um elemento simples, que é considerado elemento dominante: a simpatia. Ela exerce primordial importância na teoria de Adam Smith (1723-1790), que é considerado o autor mais representativo desta moral. A simpatia é tida como componente natural que promove a socialização, já que é por meio dela que se pode saber onde está o bem, pois é o bem que a possibilita, e o mal que desperta a antipatia.

Com relação ao espontaneísmo, podemos acrescentar que "As morais da espontaneidade são morais de reação contra o que Bergson chama de moral social, isto é, as traduções morais codificadas pelos usos, que parecem artificiais e sem fundamento, ou mal fundadas. Por outro lado, são também morais de reação contra a metafísica ou a religião". (VASQUEZ, 1985, p. 71). A espontaneidade é buscada como tentativa de contrariar as morais convencionais.

4 O DANO MORAL

No que diz respeito às idéias firmadas em torno do dano eminentemente material, José de Aguiar Dias (1954, p. 706), ao abordar a amplitude imaginada pelos doutrinadores nacionais e estrangeiros, ensina *O dano que interessa ao estudo da responsabilidade civil é o que constitui requisito de obrigação de indenizar. Assim, não se pode deixar de atentar na divisão: danos patrimoniais e danos morais, materiais ou não patrimoniais.*

E, adiante, o Professor José de Aguiar Dias (1954, p. 720) conclui com acerto *quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos na presença do dano moral.*

De acordo com Maria Helena Diniz: (1984, p. 71) "o dano moral vem a ser lesão de interesse não patrimonial de pessoa física ou jurídica.". Ihering (1992) declara:

que sea de ello lo que sea, en su último estado, el derecho romano admitia la reparación de dano moral en una gran cantidad de esferas. Ihering ha mostrado que se concedía una acción de reparación a los que sufrían en el afecto que experimentaban por su familia; en la pietas que le debían al testador, en la simpatia que sentían por los extranos, en el amor que profesaban por la cosa pública; a aquellos que se veían privados del placer que obtenían de una cosa, de la paz o de la tranquilidad de que gozaban; a aquellos que sufrían o eran lesionados, aun cuando su capacidad para el trabajo se conservara completa; a aquellos que eran heridos en sus sentimientos religiosos o en su honor.

A primeira idéia que se apresenta, diante das conceituações desses doutrinadores, é a da existência de um patrimônio desmaterializado.

O dano material é aquele que afeta exclusivamente os bens concretos que compõem o patrimônio do lesado, diferentemente do dano moral, que afeta esse patrimônio desmaterializado mencionado anteriormente. Todavia, há circunstâncias em que o ato lesivo afeta a personalidade do indivíduo, sua honra, sua integridade psíquica, seu bem-estar íntimo, suas virtudes, enfim, causando-lhe mal-estar ou uma indisposição de natureza espiritual.

A diferença dessas lesões reside, substancialmente, na forma de reparação. No caso dos danos materiais, a reparação tem como finalidade repor as coisas lesionadas ao seu *status quo ante* ou possibilitar à vítima a aquisição de outro bem semelhante ao destruído. Mas no caso do dano moral, o mesmo não ocorre, pois é impossível a reposição das coisas ao seu estado anterior. A reparação, em tais casos, reside no pagamento de uma soma pecuniária, arbitrada pelo consenso do juiz, que possibilite ao lesado uma satisfação compensatória da sua dor íntima.

Dessa forma, enquanto uma repõe o patrimônio lesado, a outra compensa os dissabores sofridos pela vítima, em virtude da ação ilícita do lesionador.

Existem muitas controvérsias no que diz respeito à indenização do dano moral, mesmo sob a égide da atual Constituição, a despeito de ter ela, no seu art. 5º, X, instituído a sua reparação. “*X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;*” Clóvis Beviláqua (*apud* SANTINI, 1997, p. 29) pontificou: “Se o interesse moral justifica a ação para defendê-lo ou restaurá-lo, é claro que tal interesse é indenizável, ainda que o bem moral não se exprima em dinheiro.”

Santini (1997) cita Aguiar Dias (1954) como favorável à reparação “*mais do que todos os dispositivos citados, entretanto, fala em favor do dano moral o art. 159 do Código Civil. É precisamente aí que se alude ao dano como um elemento da responsabilidade civil. E não há uma palavra nesse texto que se possa inferir que o dano indenizável é somente material.*”

Com idéias opostas a esses dois autores, Santini (1997) cita o juiz Gudesteu Biber que manifesta seu ponto de vista, no sentido de que não se deve *reparar a dor moral através de metal sonante*, não vendo como *tarifar o preço da dor*. A questão realmente é controversa. Mas com relação à reparação do dano moral, Clayton Reis (1997, p. 94) ressalta muito bem quando diz

a idéia prevalente do livre arbítrio do Magistrado ganha corpo na doutrina e jurisprudência, na medida em que transfere para o juiz o poder de aferir, com o seu livre convencimento e tirocínio, a extensão da lesão e o valor da reparação correspondente. Afinal, é o juiz quem, usando de parâmetros subjetivos, fixa a pena condenatória de réus processados criminalmente e/ou estabelece o quantum indenizatório em condenação de danos ressarcitórios, de natureza patrimonial.

Grande é o papel do Magistrado na reparação do dano moral, competindo, a seu prudente arbítrio, examinar cada caso, ponderando os elementos probatórios e medindo as circunstâncias, preferindo o desagravo direto ou compensação não-econômica à pecuniária, sempre que possível, ou se não houver risco de novos danos. (DINIZ, 1984, p. 81)

Assim sendo, quaisquer que sejam os critérios adotados, ao nível de reparação pecuniária, ou obrigação de fazer ou deixar de fazer, o que importa é que os danos morais sejam reparados.

CONCLUSÃO

Pode-se observar que Ihering tem uma concepção do direito como uma criação objetiva e real da história, refutando o seu processo como um processo natural. Ihering relata que o direito se constitui por meio de um trabalho árduo de conquista, esta, por sua vez, que se traduz na LUTA pelo direito.

Para o autor a existência da sociedade faz-se garantida por meio da proteção dos interesses, gerada pela conciliação dos direitos individuais com os coletivos. E que não é suficiente que essa luta se trave apenas no âmbito dos interesses pecuniários, fazendo-se necessário, ainda, que todos tenham plena consciência de que a luta é um dever, principalmente, no que diz respeito à própria conservação moral individual, assim como a conservação dos princípios éticos da sociedade.

Observou-se que a moral muda no espaço e no tempo, pois tal como o direito, a moral é dinâmica e vem progredindo à medida em que são quebrados os paradigmas nas diversas sociedades.

No campo da moral, poder-se-ia citar que hoje em dia se destacam três grandes tradições filosóficas. A primeira reporta-se geralmente às escritas de Aristóteles, pois o comportamento ético, estudado pela filosofia da *práxis* dos aristotélicos, incluem não somente as reflexões especificamente “morais”, mas supõem também uma certa noção de natureza humana.

A segunda tradição ética é a corrente do utilitarismo. Os seguidores deste modo de pensar são geralmente muito pragmáticos, e raciocinam praticamente assim: o maior valor ético deve consistir em procurar o maior bem possível para o maior número possível de homens. Esta formulação é útil e prática, tendo a vantagem de não perder tempo em especulação que acabam atrapalhando o agir. E não há dúvidas de que o campo da moral ou da ética as palavras jamais conseguem substituir as ações. A grande dúvida a respeito dessa corrente é que não se pensa muito sobre o que realmente seria o bem final para os homens.

E finalmente, a terceira grande tradição filosófica que atua e que vigora até hoje é a da linha kantiana, centrada sobre a noção de dever. Sua ética é, pois, formal, fornecendo, na prática, com seu Imperativo Categórico, um critério para o agir moral. “Se queres agir moralmente (isto é, para Kant, racionalmente) – o que aliás tu tens de fazer – age de uma maneira realmente universalizável.

A ética do dever é moderna porque confia no homem, na sua razão e na sua liberdade. É a ética do homem empreendedor, e nisto coincide com o surgimento e a ascensão da sociedade industrial e capitalista.

Importância faz-se a da constatação da existência de um patrimônio moral e a conseqüente necessidade de sua reparação, na hipótese de dano, que constituem marco importante no processo de evolução das civilizações. Isto porque representa a defesa dos direitos do espírito humano e dos valores que compõem a personalidade do homem.

Para finalizar, percebe-se que Ihering instiga-nos a refletir a respeito da luta pelo direito, como exercício da cidadania, cidadania esta que precisa ser do dia-a-dia, uma luta incessante de bravura, buscando a verdadeira dignidade humana, tornando-nos pessoas com grandeza de alma e de coração, enfim, pessoas éticas para um futuro de PAZ.

REFERÊNCIAS

BRANCATO, Ricardo Teixeira. **Instituições de direito público e de direito privado**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954. v. 2.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 7

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Tradução de João Vasconcelos. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. Forense, 1996.

OLIVEIRA, Manfredo A. de . **Ética e sociabilidade**. São Paulo: Loyola, 1993.

REIS, Clayton. **Dano moral**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SANTINI, José Raffaelli. **Dano moral**. São Paulo: Direito, 1997.

VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. Tradução de João Dell'Anna. 7.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1985.

TUGENDHAT E. **Lições sobre ética**. Petrópolis: Vozes, 1997