

A Relação entre Direito e Moral: da Separação Kelseniana à Necessária Conexão

PAULA PINHAL DE CARLOS

Centro Universitário La Salle-Unilasalle, Canoas, RS, Brasil

E-mail: paulapinh@hotmai.com

RESUMO: A questão das relações existentes (ou não) entre Direito e moral há tempos é objeto da Teoria e da Filosofia do Direito. De sua análise, surgem diversas questões: Direito e moral estão vinculados? A justiça, enquanto valor moral, possui relação com Direito? A moralidade do Direito é requisito de sua validade e eficácia? Neste artigo, analisamos tais questões, demonstrando a necessária conexão existente entre Direito e moral. Para tanto, partimos da tese de Kelsen, o qual nega a influência da moral no Direito. Então, estudamos de que forma a separação entre Direito e moral constitui um dos requisitos de pureza da teoria kelseniana. Por fim, verificamos a insuficiência da desvinculação entre ambas as ordens, analisando o que dizem Radbruch, Dworkin e Alexy acerca da conexão entre Direito e moral.

Palavras-chave: Direito e Moral; Filosofia do Direito; Teoria do Direito.



A Relação entre Direito e Moral: da Separação Kelseniana à Necessária Conexão

PAULA PINHAL DE CARLOS

1. DIREITO E MORAL EM KELSEN

Para a teoria kelseniana há, além das normas jurídicas, normas sociais, as quais regulam a conduta dos indivíduos entre si, que podem ser designadas como moral, sendo descritas pela Ética. “Na medida em que a Justiça é uma exigência da Moral, na relação entre a Moral e o Direito está contida a relação entre a Justiça e o Direito”. Para o autor, a moral consiste nas normas que formam o objeto da ciência da Ética. Caberia à Ética, então, descrever as normas morais, assim como cabe à Ciência do Direito descrever as normas jurídicas¹.

As normas morais seriam normas sociais, independentemente do fato de prescreverem a conduta de um indivíduo em face de outro ou em face de si mesmo. Isso porque tais normas somente surgiriam na consciência dos seres humanos que vivem em sociedade. Portanto, é devido aos efeitos que a conduta de alguém tem sobre a comunidade que ela se transforma numa norma moral².

“A distinção entre a Moral e o Direito não pode referir-se à conduta a que obrigam os homens as normas de cada uma destas ordens sociais. [...] E também a concepção, freqüentemente seguida, de que o Direito prescreve uma conduta externa e a Moral uma

1 KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 2.

2 KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 68.

conduta interna não é acertada”³. A teoria kelseniana prevê que tanto normas jurídicas quanto morais determinam condutas externas e internas. As normas morais não se refeririam apenas aos motivos de uma conduta, mas também à sua exteriorização⁴.

Uma das semelhanças existentes entre Direito e Moral é o fato de ambos serem positivados⁵. Kelsen refere que “o que Direito e Moral têm em comum é que ambos são ordens normativas, quer dizer, são sistemas de normas que regulam a conduta humana”⁶. A distinção encontrar-se-ia na forma com que ambas as ordens sociais prescrevem ou proíbem uma conduta humana. Ressalta-se que, para o autor, a distinção está na presença da sanção no Direito, a qual é ausente na moral⁷.

No que se refere à desaprovação jurídica ou moral de uma conduta, tem-se que “a reação do Direito consiste em uma medida de coerção decretada pela ordem jurídica e socialmente organizada, ao passo que a reação moral contra a conduta imoral não é nem estabelecida pela moral, nem é, quando estabelecida, socialmente

3 KELSEN. *Teoria pura do Direito*. Op. cit., p. 68. O autor exemplifica sua afirmação, dizendo que “a virtude moral da coragem não consiste apenas no estado de alma de ausência de medo, mas também numa conduta exterior condicionada por aquele estado. E, quando uma ordem jurídica proíbe o homicídio, proíbe não apenas a produção da morte de um homem através da conduta exterior de um outro homem, mas também uma conduta interna, ou seja, a intenção de produzir tal resultado”.

4 “Uma conduta apenas pode ter valor moral quando não só o seu motivo determinante como também a própria conduta correspondam a uma norma moral. Na apreciação moral o motivo não pode ser separado da conduta motivada” (KELSEN. *Teoria pura do Direito*. Op. cit., p. 70).

5 KELSEN. *Teoria pura do Direito*. Op. cit., p. 70. O autor ressalta que “também as normas da Moral são criadas pelo costume ou por meio de uma elaboração consciente”.

6 KELSEN. *Teoria geral das normas*. Op. cit., p. 64.

7 O autor aduz que o Direito é concebido como uma ordem de coação, ou seja, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta ligando à conduta oposta um ato de coerção (sanção), enquanto que as sanções morais consistem apenas na aprovação da conduta conforme às normas, bem como na desaprovação da conduta contrária às normas (KELSEN. *Teoria pura do Direito*. Op. cit., p. 71).

organizada”⁸. As sanções da moral não são somente reações a uma conduta contrária à norma, como também reações a uma conduta conforme a norma⁹. Ademais, entre a proibição e a sanção morais não há qualquer conexão essencial¹⁰.

Sobre a sanção para o descumprimento de normas morais, refere Kelsen:

Não se pode dizer da ordem moral positiva que impõe uma certa conduta somente por ligar a esta conduta e a seu contrário as sanções específicas da aprovação e desaprovação. Uma conduta determinada é considerada como conteúdo de um dever moral sem que, apesar disto, se refira à sanção que a norma moral estatui para a hipótese do cumprimento e para a hipótese de violação desse dever.¹¹

O ponto principal da teoria de Kelsen está na separação entre Direito e moral. A pureza do método da ciência jurídica seria posta em perigo devido ao fato de ela não ser com suficiente clareza separada da Ética, ou seja, de não se distinguir claramente entre Direito e moral¹². Ele sustenta que, se o Direito é moral, sendo por essência justo, é preciso pressupor que há apenas uma moral válida, ou seja, que há uma moral absoluta¹³. Logo, para a Teoria Pura do Direito, a moral é relativa, pois um sistema de valores como o sistema moral é tido como um fenômeno social e, portanto, diferente

8 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 28.

9 KELSEN. *Teoria geral das normas*. Op. cit., p. 30. O autor aduz ainda que “*assim como a conduta contrária à Moral deve ser desaprovada pelos membros da coletividade, a conduta conforme à Moral deve ser por eles aprovada através de ato de louvor, divulgação da honra e outros atos semelhantes*” (KELSEN. *Teoria geral das normas*. Op. cit., p. 30 e 31).

10 KELSEN. *Teoria geral das normas*. Op. cit., p. 123. O autor exemplifica dizendo que “*mentira não é moralmente proibido pelo fato de que deva ser desaprovada pelos comunitários e sim por ser uma proibição de ordem moral e além disto imposta aos comunitários desaprovarem-na*”.

11 KELSEN. *Teoria geral das normas*. Op. cit., p. 182.

12 KELSEN. *Teoria pura do Direito*. Op. cit., p. 67.

13 KELSEN. *Teoria pura do Direito*. Op. cit., p. 72.

de acordo com a natureza da sociedade da qual ele emerge¹⁴. O que é considerado absoluto e comum a todos os sistemas morais é apenas a circunstância de que todas as normas morais são normas sociais, quer dizer, que estatuem como devida uma determinada conduta¹⁵.

Sendo assim, Kelsen entende que o Direito seria em sua essência moral, não em conteúdo, mas apenas em sua forma. “Então, [...] todo o Direito tem caráter moral, todo o Direito constitui um valor moral (relativo)”. O autor rejeita, com isso, a teoria de que o Direito deve satisfazer uma exigência moral mínima, já que uma moral absoluta para ele é inconcebível¹⁶. De acordo com a teoria kelseniana, a legitimação do Direito por uma ordem moral é irrelevante, já que cabe à ciência jurídica unicamente conhecer e descrever seu objeto, e não aprová-lo ou desaprová-lo. Sendo assim, o jurista científico não deve se identificar com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico que ele descreve¹⁷.

Portanto, também a validade das normas jurídicas independe da sua correspondência à ordem moral:

A exigência de uma separação entre Direito e Moral [...] significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta [...]. Se pressupusermos somente valores morais relativos, então a exigência de que o Direito deve ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito positivo deve corresponder a um determinado sistema de Moral entre os vários sistemas morais possíveis. Mas com isto não fica excluída a possibilidade da pretensão que exija que o Direito positivo deve harmonizar-se com um outro sistema moral e com ele venha eventualmente

14 KELSEN. *Teoria geral do direito e do estado*. Op. cit., p. 11.

15 “O que é comum a todos os sistemas morais possíveis é a sua forma, o dever-ser, o caráter de norma. É moralmente bom o que corresponde a uma norma social que estatui uma determinada conduta humana; é moralmente mau o que contraria uma tal norma. O valor moral relativo é constituído por uma norma social que estabelece um determinado comportamento humano como devido (devendo-ser)” (KELSEN. *Teoria pura do Direito*. Op. cit., p. 74).

16 KELSEN. *Teoria pura do Direito*. Op. cit., p. 74.

17 KELSEN. *Teoria pura do Direito*. Op. cit., p. 77.

a concordar de fato, contradizendo um sistema moral diferente deste.¹⁸

Por fim, a justiça é, para Kelsen, uma virtude dos indivíduos e, portanto, uma qualidade moral. É designada como “norma da justiça” aquela que constitui o valor justiça, prescrevendo como justa a conduta de um indivíduo. Por regular a conduta dos indivíduos em face de outros indivíduos, ou seja, por ser uma norma social, a norma da justiça é uma norma moral. Contudo, nem toda norma moral é uma norma de justiça. Esta consiste apenas numa norma que prescreve um determinado tratamento de um indivíduo por outro indivíduo. A justiça seria, então, a qualidade de uma conduta humana específica, que consiste no tratamento dado aos outros seres humanos¹⁹. Logo, aqui a justiça é um juízo de valor apenas sobre a conduta humana, não podendo valer para as normas jurídicas.

2. A SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL ENQUANTO REQUISITO DA PUREZA DA TEORIA KELSENIANA

O tema da distinção entre Direito e moral ocupa um lugar de destaque na Teoria Pura do Direito, sendo inclusive um dos requisitos imprescindíveis para a pureza metódica preconizada por Kelsen²⁰. Para Rocha, o ideal de pureza de Kelsen implica na separação do conhecimento jurídico da moral. É por isso que Kelsen possui “como uma de suas diretrizes epistemológicas basilares o dualismo kantiano entre ser e dever-ser, que reproduz a oposição entre juízos de realidade e juízos de valor”²¹.

18 KELSEN. *Teoria pura do Direito*. Op. cit., p. 75.

19 KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 3 e 4.

20 FERNANDEZ, Eusébio. *Teoria de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Debate, 1991, p. 50.

21 ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2003, p. 96.

Fernandez salienta que a distinção entre Direito e moral é radicalmente mantida por Kelsen por razões que tem a ver com uma tomada de postura em relação à filosofia moral e com os métodos e objetivos da ciência jurídica. Assim, se entendemos que o Direito é parte da moral e o identificamos com a justiça, pressupomos uma moral absoluta. Ao contrário, ao relativizar os valores morais, Kelsen privilegia o ponto de vista do conhecimento científico, ao comprovar que existem sistemas morais muito distintos e inclusive contraditórios entre si. Portanto, Kelsen adota uma doutrina relativista dos valores, o que não quer dizer que eles não existam ou que a justiça não exista. A partir dessa doutrina, ele pode defender a independência entre a validade de uma ordem jurídica positiva e a validade moral²².

Sendo assim, também o valor da justiça, o qual é identificado com a moral, tem que ser relativizado. De acordo com Engelmann, a proposta metodológica de uma Ciência do Direito de Kelsen, devido à ausência de um critério objetivo de justiça, devido ao relativismo moral, afasta a consideração sobre a justiça ou a injustiça da ordem jurídica. “Tal ocorre porque a afirmação de que algo é justo ou injusto corresponde a um juízo de valor absoluto, dotado de um caráter subjetivo, fundado em elementos emocionais de nossa mente, em sentimentos e desejos”²³. A justiça, então, não é concebida como um valor jurídico, não possuindo importância para Kelsen.

Sobre as razões científicas que embasam a distinção entre Direito e moral na Teoria Pura do Direito, assevera o Fernandez que “estas son que el jurista científico no debe identificarse com ningún valor jurídico, que la función de la ciencia jurídica consiste en la descripción axiológicamente neutral de su objeto y no en

22 FERNANDEZ. Op. cit., p. 51 e 52.

23 ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 47.

valoraciones y evaluaciones, y que no le corresponde legitimar el Derecho, sino conocer y describir el orden normativo”²⁴. A separação radical entre Direito e moral também atende a outro requisito do positivismo jurídico: a segurança. Isso porque uma maior objetividade pode ser conseguida com uma maior previsibilidade, o que, para tal doutrina, seria inviável ao serem concebidas conexões com a moralidade²⁵.

A partir da separação estrita entre Direito e Moral, a justiça não será para o positivismo um critério de juridicidade, sendo substituída pela validade. Sendo assim, “é o próprio direito que determina quais são as normas válidas, ou seja, é o direito, e não o comportamento dos homens ou seus ideais de justiça, que determina o jurídico”²⁶. É com o critério de validade que se torna possível separar os fenômenos jurídico e moral, pois “o direito deixa de depender dos juízos de valor realizados pelos usuários das normas e das vicissitudes do poder”²⁷.

O critério criado para identificar o Direito em Kelsen, que é a norma fundamental, também acaba por consumir a autonomia do jurídico em relação à moral. Ao conceber o direito como uma estrutura escalonada de normas, a Teoria Pura do Direito evita que o Direito se fundamente na moral, pois é uma norma jurídica que constitui o fundamento do ordenamento. O “conceito de validade como ‘legalidade do ato de produção’ é essencial para ‘fechar’ o

24 FERNANDEZ. Op. cit., p. 52.

25 Segundo Barzotto, “(...) a segurança não fica comprometida somente pelo recurso ao subjetivismo dos juízos de valor (justiça), mas também pela imponderabilidade da normatividade oriunda da simples atuação do poder (eficácia). A segurança depende, assim, da objetividade e da previsibilidade na identificação do direito, autônomo em relação à moral (valores) e em relação à política (poder)” (BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 18 e 19).

26 BARZOTTO. Op. cit., p. 20.

27 BARZOTTO. Op. cit., p. 21.

sistema ao mundo exterior, porque, nessa perspectiva, somente o direito pode ser fundamento do direito”²⁸.

Conforme já explicitado no primeiro item, também o conceito de sanção é uma fonte de justificação da diferenciação entre Direito e moral. Kegel refere que, para Kelsen, no Direito existe a prescrição de uma conduta oposta àquela que é pressuposto da sanção. Caso tal princípio retributivo não seja aplicado, trata-se de uma ordem social moral e/ou religiosa, mas não jurídica. Além disso, a recompensa ou punição moral e/ou religiosa será sentida em outro mundo ou na reprovação da comunidade. Logo, “a diferença entre as ordens sociais reside não em haver ou não sanção, mas nas diversas gradações desta”²⁹. A sanção jurídica está embasada sobretudo na coerção mediante o uso da força, o que não ocorreria, de acordo com a Teoria Pura do Direito, na ordem moral.

Visto que a estrita separação entre Direito e moral é extremamente necessária para que a Teoria Pura do Direito cumpra com a sua finalidade de pureza metodológica e valorativa, cabe analisar se é empiricamente concebível tal diferenciação. A conexão entre Direito e moral necessita da existência de uma moral única e universal? Além disso, se não acreditamos em uma moral absoluta, é preciso abandonar a análise da influência de valores morais?

Fernandez rechaça a separação entre Direito e moral feita por Kelsen por dois motivos: em primeiro lugar, porque seria inaceitável a idéia de Kelsen de que manter o Direito e a moral conectados pressuponha necessariamente uma moral absoluta; em segundo lugar, porque tampouco seria convincente, desde uma perspectiva filosófico-moral, o relativismo moral absoluto e nem a opinião de

28 BARZOTTO. Op. cit., p. 64.

29 KEGEL, Patrícia Luíza. Uma análise do conceito de sanção no sistema jurídico de Hans Kelsen. In: ROCHA, Leonel Severo. *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997, p. 50.

que a única alternativa ao absolutismo moral seja necessariamente o relativismo axiológico³⁰. A partir da crítica feita a Kelsen, o autor sugere uma nova postura entre o absolutismo moral e o relativismo moral, que ele denomina de “objetivismo moral”. Seria uma terceira postura que possibilita uma discussão racional sobre os valores:

Partiendo del hecho de que existen distintas concepciones sobre los valores, de ahí no se deduce que debamos aceptarlas todas o no aceptar ninguna, sino que esas distintas concepciones deben ser evaluadas racionalmente. El interés que esto tiene para la filosofía práctica es evidente. Valores como la paz, la tolerancia, la libertad o la igualdad, y en general un concepto de la dignidad humana, formarían parte del contenido de ese objetivismo moral, sobre el que no es difícil encontrar un consenso racional.³¹

Percebemos, então, que é inconcebível uma separação completa entre Direito e moral, sem visualizar nenhum ponto de conexão entre tais ordens normativas. Essa desconexão aparentemente tem como objetivo a pureza e a neutralidade valorativa do Direito. Contudo, ela acaba por encobrir os valores morais que sustentam algumas normas, valores estes que poderiam, pela forma com que é concebida objetivamente a criação das normas, passar despercebidos, servindo à manutenção de uma determinada ordem moral, baseada nas concepções morais de certa parcela da sociedade.

3. A NECESSÁRIA CONEXÃO ENTRE DIREITO E MORAL

Percebida a fragilidade da tese de Kelsen acerca da separação entre Direito e moral, buscaremos demonstrar que tais ordens são necessariamente conexas e qual a influência que a moralidade possui no Direito. Para isso nos basearemos nas relações entre Direito e moral expostas por Radbruch, Dworkin e Alexy.

30 FERNANDEZ. Op. cit., p. 56.

31 FERNANDEZ. Op. cit., p. 59.

Frequentemente é utilizada a fórmula da exterioridade e interioridade para demonstrar a separação entre Direito e moral. Por ela, o Direito regula a conduta exterior dos indivíduos, enquanto que a moral regula a sua conduta interior. Radbruch rejeita essa alegação, afirmando que a conduta exterior pode ser objeto de valorações morais, assim como que a conduta interior pode ser objeto de valorações jurídicas. “Não há, pode dizer-se, um único domínio da conduta humana, quer interior, quer exterior, que não seja susceptível de ser ao mesmo tempo objecto de apreciações morais e jurídicas”³². Sendo assim, a distinção entre ambas as ordens só poderia ser baseada nas direções opostas dos seus interesses, já que a conduta interior só interessaria à moral na medida em que exprimisse uma conduta interior, bem como a conduta interior só interessaria ao Direito na medida em que anunciasse uma conduta exterior³³.

De acordo com Radbruch, o Direito e a moral só coincidem quanto ao conteúdo das suas exigências. Logo, a moral seria ao mesmo tempo o fim do Direito e o fundamento da sua validade obrigatória. Para esse autor, somente a moral pode servir de fundamento à força obrigatória do Direito. “Só pode rigorosamente falar-se de normas jurídicas, dum dever-ser jurídico, duma validade jurídica e, portanto, de deveres jurídicos, quando o imperativo jurídico for dotado pela própria consciência dos indivíduos com a força obrigatória ou vinculante do dever moral”³⁴.

32 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 98 e 99. O autor alega que há casos em que a atitude interior é decisiva para o tratamento jurídico conferido a determinadas condutas exteriores, bem como casos em que a atitude interior produz determinados efeitos jurídicos. Sustenta, ainda, que muitas vezes também a valoração moral não se limita à incidência sobre a atitude interior dos indivíduos.

33 RADBRUCH. Op. cit., p. 100.

34 RADBRUCH. Op. cit., p. 109.

Se o Direito possui a moral como fim, então ele serve a moral, nos dizeres de Radbruch. Contudo, o Direito, enquanto possibilidade da moral, pode ser também a possibilidade da imoralidade. Ele apenas torna a moral possível, mas não necessária, já que o ato moral só pode ser um ato de liberdade³⁵:

Desta maneira a relação entre a moral e o direito apresenta-se-nos como uma relação muito especial. O direito começa por se encontrar ao lado da moral, mas estranho a ela, diferente dela e até, possivelmente, oposto a ela, como acontece com os 'meios' colocados ao lado dos 'fins'. Posteriormente, como meio para a realização de certos valores morais, o direito toma, porém, parte no valioso deste fim. Deste modo, embora com reserva da sua autonomia, é absorvido pela Moral.³⁶

Dworkin, ao contrário de Radbruch, não procura explicar as semelhanças entre Direito e moral e nem rechaçar as teses que são geralmente utilizadas para separá-los. Tal autor presume a moralidade do Direito, da mesma forma com que presume que a política também pode ser absorvida pelo sistema jurídico. Ele rejeita, portanto, a tese de Kelsen da desvinculação do Direito com a moral, a ideologia e a política.

Para Dworkin, não podemos ignorar o fato de que os problemas da teoria do Direito são, na realidade, problemas relativos a princípios morais. Sendo assim, uma teoria do Direito bem-sucedida deve enfrentar seus problemas como problemas de teoria moral³⁷.

Ele rejeita a idéia de um teste fundamental (como a regra de reconhecimento de Hart) para reconhecer os padrões que são Direito e os que não são. Afirma, ainda, que não é possível nenhuma distinção definitiva entre padrões jurídicos e morais, ao contrário

35 RADBRUCH. Op. cit., p. 111-113.

36 RADBRUCH. Op. cit., p. 113.

37 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 12.

do que é preconizado por Kelsen³⁸. Contudo, assim como Kelsen, Dworkin também não crê numa moral absoluta e universal, embora isso não faça com que ele exclua a moral do Direito. Segundo este autor, há princípios morais que servem de base para leis da comunidade³⁹.

A presença da moralidade no Direito pode ser demonstrada em Dworkin também pelo fato de sua menção à existência de direitos morais. Como exemplo de tais direitos, ele cita os direitos individuais de liberdade de expressão e igualdade⁴⁰. Menciona, ainda, o direito moral de violar uma lei, bem como o dever moral de obedecê-la⁴¹. Vincula, dessa forma, a influência da relação entre moral e Direito à eficácia da legislação.

De acordo com Dworkin, a moralidade manifesta-se no Direito sobretudo através dos princípios. Segundo sua teoria, o princípio é “um padrão que deve ser observado (...) porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”⁴². Ao contrário das regras, os princípios não possuem conseqüências jurídicas que automaticamente se seguirão diante das condições do caso⁴³.

Além disso, os princípios possuem uma dimensão inexistente nas regras: a dimensão do peso ou da importância⁴⁴. Havendo conflito entre regras, uma delas não será válida. Já no caso de conflito

38 DWORKIN. Op. cit., p. 73.

39 DWORKIN. Op. cit., p. 125.

40 DWORKIN. Op. cit., p. 283 e 284.

41 DWORKIN. Op. cit., p. 286. Ele ressalta ainda que existem duas razões para que a violação de uma lei seja moralmente errada: quando o ato que a lei condena é errado em si mesmo ou simplesmente porque a lei proíbe tal ato. No entanto, uma pessoa não seria moralmente responsável sempre que descumprir a lei, já que, quando esta é muito iníqua ou injusta, entende-se que deixou de existir a obrigação moral de seu cumprimento (DWORKIN. Op. cit., p. 15 e 16).

42 DWORKIN. Op. cit., p. 35 e 36.

43 DWORKIN. Op. cit., p. 39 e 40.

44 DWORKIN. Op. cit., p. 42.

entre princípios, devemos valorar cada um deles. Sendo assim, aquele que, naquele caso específico, tiver mais peso ou importância deverá ser o aplicado. Dessa forma, verifica-se o peso que a moral possui para Dworkin. Não só os princípios consistem numa manifestação da moralidade no Direito, mas a sua aplicação, em caso de conflito (o que ocorre sobretudo nos chamados *hard cases*), dependerá da valoração dos princípios. Será avaliado, dessa forma, quais são os padrões morais mais relevantes no caso em questão.

Já Alexy, assim, como Radbruch, busca expor os pontos de conexão entre Direito e moral, o que faz de forma extremamente analítica, rejeitando a tese positivista de sua desvinculação. Para ele, existe uma relação necessária entre o Direito e a moral e isso supõe que o positivismo jurídico falha como teoria geral⁴⁵. Todas as teorias não positivistas argumentam em favor da tese da conexão entre Direito e moral, definindo o conceito de Direito de uma forma que inclua elementos morais⁴⁶. Segundo Alexy, a tese positivista da separação falha porque o conceito de Direito deveria ser definido de uma forma que excluísse elementos morais em todas as suas aplicações, o que não ocorre⁴⁷.

Ao sustentar que há uma relação conceitual necessária entre Direito e moral, Alexy baseia-se em quatro distinções: conceito e validade, norma e procedimento, o observador e o participante e definição e ideal⁴⁸. A partir das possíveis combinações entre as distinções expostas, ele restringe seu objeto, limitando-se a examinar

45 ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. Ciudad del México: Distribuciones Fontamara S.A., 1993, p. 37.

46 ALEXY. Op. cit., p. 38.

47 ALEXY. Op. cit., p. 40. O autor acrescenta exemplifica, alegando o seguinte: "*Este no es el caso, y se vuelve obvio cuando observamos situaciones en las que un enunciado como: 'La norma N ha sido correctamente establecida y es socialmente efectiva, pero no es Derecho porque viola los principios fundamentales' no contiene una contradicción, y la pregunta 'La norma N ha sido creada correctamente y es socialmente efectiva, pero, es Derecho?' no carece de sentido.*"

48 ALEXY. Op. cit., p. 41-43.

as conexões conceitualmente necessárias entre Direito e moral e tendo um conceito de Direito que inclui o conceito de validade como base da argumentação. O autor trata, então somente de duas possíveis combinações: a primeira é a adotada por alguém que vê o Direito exclusivamente como um sistema de normas, que assume o ponto de vista do observador e que busca uma conexão definitiva e, a segunda, é a caracterizada pelos conceitos de procedimento, de participante e de ideal⁴⁹.

Alexy baseia a conexão conceitual necessária entre Direito e moral no que ele chama de “*idea de la corrección*”. Sendo assim, baseia sua explicação em duas teorias: a da pretensão e a do discurso⁵⁰. O autor afirma que a teoria da pretensão sustenta que as normas jurídicas individuais e as decisões judiciais, bem como o todo sistema jurídico necessariamente têm uma pretensão de correção. Os sistemas de normas que não possuem essa pretensão não são sistemas jurídicos e os sistemas jurídicos que possuem essa pretensão, mas não a satisfazem, são sistemas defeituosos. Tal teoria pode ser atacada por dois lados: negando que essa pretensão esteja conectada conceitualmente com o Direito ou afirmar que, ainda que ela esteja conectada conceitualmente com o Direito, seu conteúdo é trivial e não inclui implicações morais. Isso porque, embora os participantes de um sistema jurídico tenham necessariamente uma pretensão de correção, isso não prova que tal pretensão leve a uma relação conceitual necessária entre Direito e moral. Para explicá-la, faz-se necessário o exame da teoria do discurso⁵¹.

Para Alexy, a teoria do discurso cria uma conexão, entre os conceitos de correção, justificação e generalização, podendo ser transportada ao Direito com a ajuda da tese de que o discurso

49 ALEXY. Op. cit., p.43-45.

50 ALEXY. Op. cit., p. 51.

51 ALEXY. Op. cit., p. 51-54.

jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Sendo essa tese verdadeira, seria possível estabelecer uma relação necessária entre Direito e moral válida para os sistemas jurídicos modernos. Portanto, se é verdade que a tese de que a moral universalista é uma moral correta, então podemos encontrar alguma conexão entre o Direito e esta moral correta⁵².

Assim define Alexy seu argumento a favor de uma conexão conceitual necessária entre Direito e moral:

La base está formada por la pretensión de corrección. Ésta sólo tiene carácter definitorio para el sistema jurídico en su conjunto, aparte de que su carácter calificativo se hace obvio si el sistema jurídico se ve como um sistema de procedimientos, desde el punto de vista de um participante. La explicación de esta pretensión dentro del marco de la teoría del discurso deja claro que ele Derecho tiene una dimensión ideal conceptualmente necesaria que conecta al Derecho con una moral procedimental universalista.⁵³

Percebe-se, portanto, que a teoria positivista, com seu ideal de pureza, implicando também em uma rigorosa separação entre Direito e moral, demonstra-se frágil. O Direito não só está vinculado à moral, sendo inclusive uma dimensão da moralidade e até uma forma de verificação das concepções morais de uma determinada sociedade. Embora não possamos falar de uma moral absoluta, no que concordamos com Kelsen e Dworkin, isso não significa que a ordem jurídica não seja um reflexo de uma certa moralidade, seja da maioria, seja do grupo dominante.

Não podemos, ademais, acreditar na suposta desvinculação da internalização dos deveres jurídicos como deveres morais para a eficácia do Direito. Sendo assim, a moralidade, sobretudo a partir do valor justiça, confere sentido ao Direito. O Direito, apesar de ser um ato de poder, não tem seu sentido no poder, repousando aí a força e

52 ALEXY. Op. cit., p. 55.

53 ALEXY. Op. cit., p. 56.

a fragilidade da moralidade frente ao Direito: “é possível implantar um direito à margem ou até contra a exigência moral de justiça. Aí está a fragilidade. Mas é impossível evitar-lhe a manifesta percepção da injustiça e a conseqüente perda de sentido. Aí está a força”⁵⁴.

A partir do exposto, temos que não mais satisfaz a tese da estrita separação entre Direito e moral sustentada por Kelsen. É inconcebível desvincular o Direito da moralidade, da ideologia e da política, conforme preconizava a teoria kelseniana. Vimos, ademais, que tal separação servia ao objetivo de cientificidade enquanto neutralidade do Direito, acabando por encobrir seu poder de manutenção de um determinado status quo, vinculado a certas concepções morais.

Portanto, temos que há uma necessária vinculação entre Direito e moral. Tal conexão manifesta-se inclusive no que se refere ao valor moral da justiça. A moral não pode ser vista como um valor absoluto, pois valores absolutos e universais muito provavelmente são inatingíveis. No entanto, negar a moralidade do Direito é também negar que ele reflete uma determinada moral, encobrindo o poder que o Direito possui, bem como a sua possibilidade de modificação, ainda que com base em concepções morais.

Submetido em: 12 Dez 2013.

Processos de Aprovação: Blind Review.

Aprovado em: 19 Set 2015.

Organizador: Enoque Feitosa.

Editor: Ernesto Pimentel.

54 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 358.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. Ciudad del México: Distribuciones Fontamara S.A., 1993.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERNANDEZ, Eusébio. *Teoria de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Debate, 1991.
- KEGEL, Patrícia Luíza. Uma análise do conceito de sanção no sistema jurídico de Hans Kelsen. In: ROCHA, Leonel Severo. *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997.
- KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- _____. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.
- _____. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1979.
- ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

The Relationship between Law and Morality: From the Kelsen's Separation to the Necessary Connection

Paula Pinhal de Carlos

Abstract: The point of the relationship (or not) between law and morality has been studied for long time into Theory and Philosophy of Law. According to these fields, there are several questions: are law and morality strongly connected? Justice, as a moral value, has relations with law? The law enforcement and its utility require the morality of Law? In this article, we analyze such issues, demonstrating the necessary connection between law and morality. The starting point is Kelsen's theory, who denies the moral influence Law. Then, we study how the separation between law and morality is one of the pure requirements of Kelsen's theory. We finally note the lack of separation between these two dimensions analyzing what Radbruch, Dworkin and Alexy explain concerning the connection between law and morality.

Keywords: Law e Morality; Philosophy of Law; Law Theory.